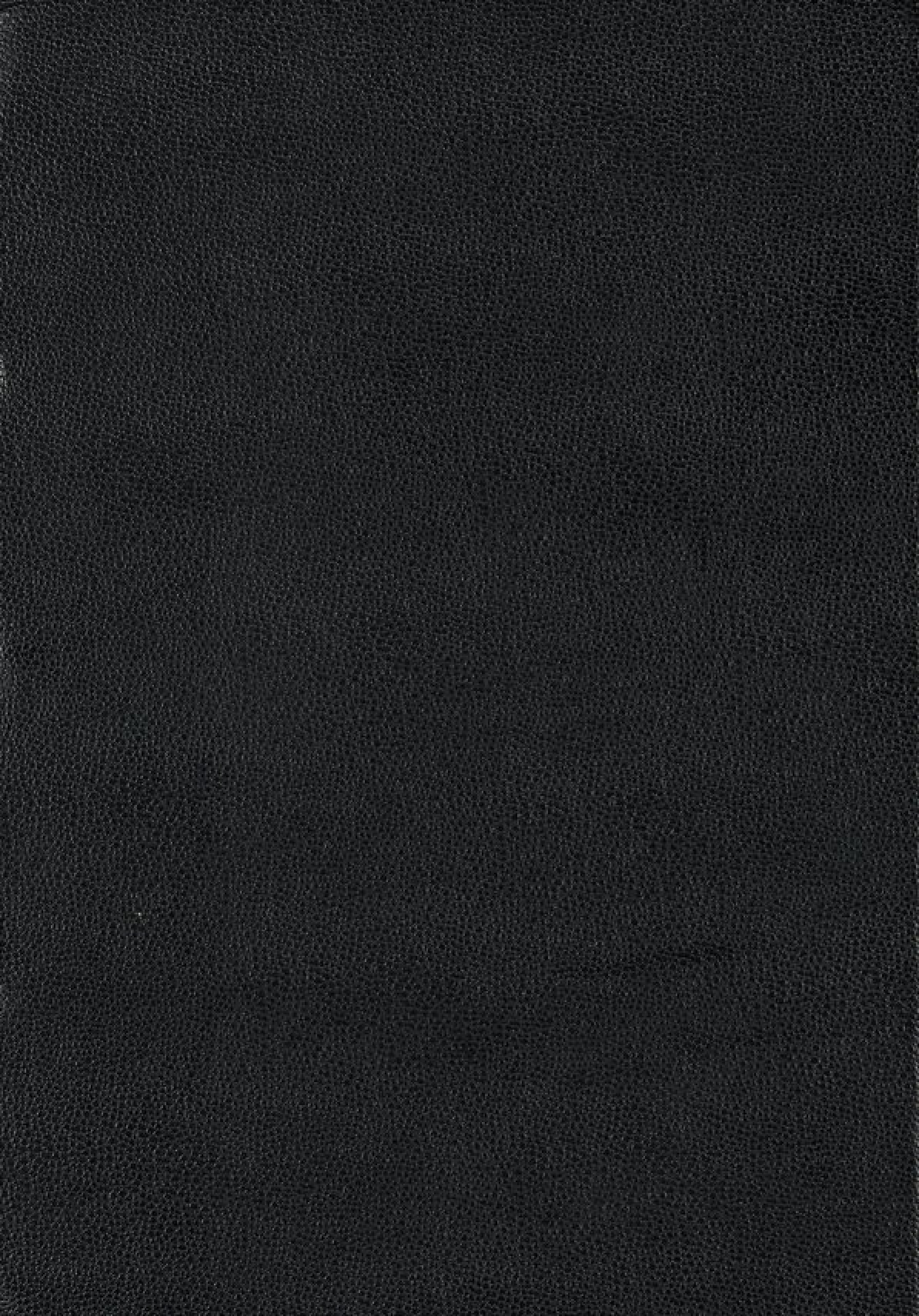
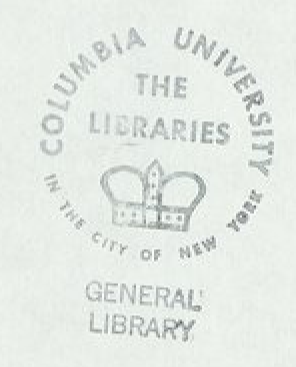




الجزء الثانيعشر من كتاب

# فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصاري ره

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالي

الطبعة الثانية

چاپ مهر استوار قم - چهار راه شاه

الجزء الثانی عشر من کتاب

# فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصاری ره

تاليف :


الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالی



الطبعة الثانية

چاپ مهر استوار قم - چهارراه شاه



الحمد لله على ما اولينا من التفقه فى الدين والهداية الى الحق وافضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة و على آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه ـ وبعد فهذا هو الجزء الثانيعشر من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا لطبعه والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق.

## اخذ الاجرة على الواجبات

(قوله قده الخامس مما يحرم التكسب به ما يجب على الانسان فعله عينا او كفاية تعبدا او توصلا الخ) اقول فى المسألة اقوال (الاول) هـو المنع مطلقا نسبه المصنف ره الى المشهور (الثانى) ما نسب الى السيد المرتضى ره وهو الجواز فى الواجب الكفائى كتجهيز الميت وان كان تعبديا ، وفى النسبة ما اشار اليه المصنف ره (الثالث) ما عن المصابيح عن فخر المحققين و هو التفصيل بين التعبدى فلا يجوز و التوصلى فيجوز (الرابع) ما عن فخر المحققين ره فى الايضاح. وهو الجواز فى الكفائى التوصلى، و عدم الجواز فى غيره (الخامس) ما عن الرياض وهو الجواز فى الواجبات الكفائية التى تكون واجبة كفاية لانتظام المعاش وعدم الجواز فى غيرها (السادس) ما عن مفتاح الكرامة ، وهو التفصيل بين ما كان الغرض الاهم منه الدنيا فيجوز و بين

ماكان الغرض الاهم منه الاخرة فلايجوز (السابع) ما عن المصابيح و هوالجواز فى الواجب التوصلى الكفائى و العينى الذى كان وجوبه للضرورة ، و عدم الجواز فى غيرهما (الثامن) مايظهر من المصنف ره من التفصيل بين العينى التعيينى والكفائى التعبدى فلايجوز ،والكفائى التوصلى والتخييرى التوصلى فيجوز ، والتخييرى التعبدى فالتردد (التاسع) مااختاره جمع من المحققين وهو الجواز مطلقا (وليعلم) انه لاسبيل فى هذه المسألة الى دعوى الاجماع والاستدلال به اذمضافا الى معلومية مدرك المجمعين انه مع هذا الاختلاف بين الفقهاء كيف يمكن دعوى الاجماع فى المقام .

## بيان موضوع هذه المسألة

(قوله قده واعلم ان موضوع هذه المسالة الخ) اقول لابد فى كل مسألة من الحفظ على موضوعها و البحث فى خصوص الحيثية التى يبحث عنها فى تلك المسألة وجعل الجهات الاخر مفروغا عنها كى لاتختلط تلك الجهة بغيرها و موضوع البحث فى المقام هى جهات ثلاث (الاولى) منافاة العبادية لاخذ الاجرة (الثانية) منافاة الوجوب بماهوله (الثالثة) منافاة الوجوب التعبدى النيابى لاخذ الاجرة ، نظراً الى عدم وقوعه قربيا عن المنوب عنه ، بعد الفراغ عن ساير الجهات المعتبرة فى صحة عقد الاجارة ، كان لا يكون العمل الذى وقعت الاجارة عليه مما اعتبر الشارع فيه المجانية ، فان الاجارة ح باطلة لذلك وان كان ذلك العمل مستحبا كالاذان ، اومباحا او مكروها .

ثم ان نظر المصنف ره فى الكتاب لما كان الى خصوص الجهة الثانية ذكر مبنيا على ذلك امرين (الاول) ان موضوع هذه المسألة ما اذا كان الواجب على العامل منفعة تعود الى من يبذل بازائه المال كما لو كان كفائيا واراد سقوطه منه ، فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لايجوز اخذ الاجرة عليه لا للوجوبها بل لعدم وصول عوض المال الى باذله (اقول) لابأس بالاشارة الاجمالية الى هذه الكبرى الكلية مقدمة للبحث وقد

استدل على اعتبار هذا الشرط بوجهين (الاول) ان الاجارة بدونه سفهية و اكل للمال بالباطل (الثانى) ان المبادلة فى الاجارة انما تكون بين منفعة معينة و العوض المعلوم فلابد من عود المنفعة الى باذل العوض والا انتفت المبادلة والاجارة اذقوامها بدخول كل من العوضين فى المكان الذى خرج منه الاخر-وفيهما نظر (اما الاول) فلانه لادليل على بطلان كل معاملة سفهية كماسيأتى تنقيح القول فى ذلك فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح (مع) ان الموجر ربما ينتفع بمنفعة عائدة الى غيره كما اذا انتفع من تعلم احكام الصلاة مثلا من فعل المستأجر صلاة الظهر عن نفسه (بل) يمكن ان يقال ان التسبيب الى تحقق الخير والاعانة على البر والتقوى ممايترتب عليه الثواب اى الفائدة الاخروية فالاستيجار المزبور لترتب هذه الفائدة عليه لايكون سفهيا (اللهم) الا ان يقال ان هذه فائدة فعل الموجر نفسه والذى يعتبر فى خروج الاجارة عن السفهية و كونها اكلا للمال بالباطل كون العمل المستأجر عليه مماله فائدة عائدة الى الموجر اذ هو المقابل بالمال (مضافا) الى ان كون الله مطاعا لو كان هو المقصود من الاجارة لماكانت الاجارة سفهية كما لايخفى (واما الثانى) فلان حقيقة الاجارة لا تقتضى ازيد من قابلية العمل لصيرورته مملوكا للمستأجر واما كون المنفعة راجعة اليه فهو ممالم يدل عليه دليل .

الامر الثانى ان الاستدلال على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب ، بمنافاة ذلك للاخلاص فى العمل ؛ غير تام ، لان العجز عن العمل لاجل عدم تمشى القربة موجود فى العبادات غير الواجبة ، والقدرة عليه لاجل عدم اعتبار القربة فى التوصلى من الواجب ثابتة ، فهذا الوجه غير مربوط بمورد النقض والابرام ولا ملازم له كى يصح الاستدلال المزبور (وعليه) فلايرد عليه ما اورده السيد الفقيه ، بقوله الانتقاض الطردى لايضر بالاستدلال اذلامانع من كون الدليل اعم من المدعى فى الجملة و اما الانتقاض العكسى فهو مضر ان كان الغرض اثبات تمام المدعى كما هو الظاهر فى المقام لكن لايخفى ان هذا الوجه لم يظهر مما ذكره فى قوله واعلم الخ .

# عدم منافاة التعبدية لاخذ الاجرة

وكيف كان فقد عرفت ان البحث هنا يقع فى مقامات (المقام الاول) فى ان التعبدية هل تنافى اخذ الاجرة املا ؛ و حيث ان المانع المتنازع فيه هى التعبدية فلا فرق فى هذا المقام بين الواجب والمستحب (وقد استدل) على عدم جواز اخذ الاجرة على التعبديات بوجوه .

الاول انه يعتبر فى صحة العبادات ان يؤتى بها بقصد القربة و اخذ الاجرة عليها ينافى القربة والاخلاص ، اذ قصد ذلك يوجب انقلاب داعى الاخلاص فى العبادة المستأجر عليها الى داعى اخذ الاجرة فيكون عقد الاجارة رافعا للتمكن من العمل المستأجر عليه و يوجب ذلك بطلان الاجارة لامحالة اذ التمكن منه شرط فى صحة الاجارة وما يلزم من صحته فساده باطل (اقول) بعد اصلاح ذلك بان المراد من شريك العلة وما ادعى كونه فى عرض قصد القربة ، ليس هو قصد تملك الاجرة لانه انما يكون بنفس الايجار لا بالعمل الخارجى ، ولا تسلم الاجرة خارجا ، لانه يمكن للاجير تسلمها قبل العمل اوبعد العمل الخالى عن قصد القربة ، او اخباره كذبا بالعمل (بل) المراد استحقاق مطالبة الاجرة (يرد عليه) مضافا الى منع اقتضاء عقد الاجارة انقلاب الداعى دائما ، اذ يمكن ان يلاحظ العامل فى اتيان العمل استحقاق ذلك و يأتى به خالصا لوجه الله تعالى و ان علم بترتب ذلك عليه فيكون ذلك عنده من المقارنات ، ان العامل لما علم انه لا يستحق مطالبة الاجرة شرعا الا باتيان العمل المستاجر عليه المتوقف على قصد القربة ، لامحالة يقصد ذلك و يكون استحقاق المطالبة من قبيل الداعى الى الداعى لا شريك الداعى .

فان قلت انه اذا فرضا عدم كون الامتثال بذاته داعيا بل من حيث كونه مقتضيا لاستحقاق الاجرة ، فلامحالة يكون الامتثال علة ناقصة و متممها حيثية استحقاق الاجرة ـ فلا تكون العلة التامة هى قصد القربة (قلت) ان استحقاق الاجرة بما انه

غاية للفعل المغيى بالامتثال لكون ذلك هو مورد الاجارة ، لا للفعل وحده ولا لغايته كك - فهو انما يكون علة لعلة الفعل لاعلة له ولاشريكا لعلته ، ويكون الفعل منبعثا عن قصد الامتثال ، وقصد الامتثال منبعثا عن استحقاق الاجـرة ، و الانبعاث الثانى لايضر بالانبعاث الاول ، ولا يوجب نقصا فيه (فان قلت) ان تحقق عنوان المستاجر عليه اعنى العبادة يتوقف على امرين -احدهما- ذات العبادة ، وهو فعل الصلاة مثلا -الثانى- عنوان الامتثال فالقاصد للعبادة يقصد تحقق العنوان المستاجر عليه بكل من جزئيه فيكون الداعى بالاضافة الى نفس الفعل امرين ، الاول تحقق هذا الجزء من المستاجر عليه - الثانى قصد الامتثال فيكون من قبيل التشريك فى الداعى لامن قبيل الداعى للداعى ، وانما يكون من هذا القبيل ما اذا كان المستاجر عليه نفس الامتثال ، و من البديهى ان المستاجر عليه هو العمل العبادى لا التعبد بالعمل ، و الى هذا الوجه استند المحقق التقى ره فى ان قصد استحقاق الاجرة فى عرض قصد الامتثال لافى طوله (قلت) ان مورد الاجارة ؛ انما هو المقيد بما هو مقيد اى العبادة المقيدة بهذا القيد لاذات المقيد و القيد بما هما ملحوظان بنحو المعنى الاسمى ، فيكـون قصد تحقق العنوان المستأجر عليه كقصد استحقاق الاجرة فى طول قصد الامتثال لافى عرضه ، مع ، ان قصد تحقق العنوان المستأجر عليه غير معتبر فى سقوط الامر بالاجارة كما ستعرف .

الوجه الثانى ما استند اليه جماعة منهم المحقق النائينى ره و هو انه يعتبر فى تحقق العبـادة الاخلاص طولا كما يعتبر عرضا والا لما وقعت العبادة ممحضة على وجه الاخلاص لان النتيجة تابعة لاخس المقدمات فـاذا لم ينته سلسلة العلل و الدواعى بجميع حلقاتها الى الله تعالى فهى غير خـالصة لوجه الله تعالى ، فيعود المحذور المتقدم وهو ان عقد الاجارة يوجب رفع التمكن من العمل المستاجر عليه واجيب عنه (تارة) بالنقض بعبادة اكثر الناس حيث انها تكون لاجل الخوف من عذابه او الطمع فى ثوابه ، ولا كلام لاحد فى صحة هذه العبادات و دلت عليها النصوص مثل

حسن (١) هارون عن الصادق عليه السلام العباد ثلاثة ، قوم عبدوا الله عزوجل خوفا فتلك عبادة العبيد وقوم عبدوا الله تبارك و تعالى طلبا للثواب فتلك عبادة الأجراء ، وقوم عبدوا الله عزوجل حباله فتلك عبادة الاحرار وهى افضل العبادة (وما) عن جماعة من بطلان العبادة اذا قصد بفعلها الثواب او الخلاص من العقاب، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه (يكون) المراد به ما كان هذا القصد هو الداعى الى العمل ، لا من قبيل الداعى الى الداعى نعم ، الدرجة العالية من العبادة ما كانت الغاية القصوى من العبادة هى الله فقط ويكون الخلوص طولا ايضا ، و هى مختصة بالمعصومين عليهم السلام ، فقد قال (٢) امير المؤمنين عليه السلام ماعبدتك خوفا من نارك ولا طمعا فى جنتك لكن وجدتك اهلا للعبادة فعبدتك (واخرى) بالنقض بالصلاة لسعة الرزق ولاداء الدين ولقضاء الحاجة (واورد) عليه المصنف ره وتبعه المحقق النائينى ره وهو ايراد على الأول ايضا ، بانه فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يتقرب اليه بالعمل وبين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الأجرة فان طلب الحاجة من الله تعالى و لو كانت دنيوية محبوب عند الله فلا يقدح فى العبادة بل ربما يؤكدها (وفيه) ان كون النفع منه تعالى لايوجب اتصاف الفعل بعنوان حسن مضاف الى المولى فان كل نفع وضرر منه تعالى ولذا قطع الاصحاب ببطلان العبادة اذا اتى بها بداعى الثواب اودفع العقاب كما صرح به الشهيد ره ، ومعه لايعقل تأكد الاخلاص والعبادية بذلك .

ويمكن الجواب عن هذا الوجه مضافا الى مامر بجواب حلى افاده بعض المحققين وهو ان الفعل المنبعث عن دعوة الامر عدل فى العبودية و احسان الى المولى وهو من العناوين الممدوح على فاعلها بالذات ، ولايعقل تخلف هذا العنوان الحسن بالذات عن الفعل المأتى به بداعى الامر كما لايعقل تخلف كونه ممدوحا على فاعله عن هذا العنوان الحسن بالذات و من الواضح ان ترتب فائدة دنيوية على هذا الفعل

١— الوسائل — باب ٩ـ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١

٢— مرآة العقول باب النية ج ١ ص ١٠١

الممدوح على فاعله لايخرجه عن كونه ممدوحا على فاعله ، فلايعقل مانعيته عن وقوعه ممدوحا على فاعله مع فرض ترتبه عليه فان مايتفرع على الشيء لايعقل ان يكون مانعا عنه (مع) انه قد عرفت ان تملك الاجرة انمايكون بالايجار ، وتسلمها لايتوقف على اتيان العبادة مع قصد القربة فالداعى الى الاتيان بالعمل المستأجر عليه صحيحا و عن قصد القربة الذى لايطلع عليه الاعلام الغيوب ليس الا الاستحقاق شرعا و بعبارة اخرى امر المولى بالاتيان بمااشتغلت ذمته به من العبادة و الخوف من الله تعالى فهذا ايضا غرض مطلوب من الخالق فتدبر فانه دقيق .

الوجه الثالث ان دليل صحة الاجارة انما هو عموم(١) اوفوا بالعقود ـ وهو لا يعقل ان يشمل المقام اذاللازم من شموله اخذ داعى الامر الذى هو قيد فى متعلق الاجارة قيدا فى متعلق الامر بالوفاء وهو باطل لما حقق فى محله من عدم معقولية اخذ قصد الامر فى متعلق الامر ، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق مايكون دليلا على صحة الاجـارة والاصل فى المعاملات هو الفساد (وفيه اولا) انه قد حقق فى محله امكان اخذ قصد الامر فى متعلق الامر الاول ، وعلى فرض عدم امكانه يمكن اخذه فى متعلق الامر الثانى (وثانيا) ان دليل صحة الاجارة لاينحصر بالامر بالوفاء بالعقود بل فى آية(٢) التجارة عن تراض غنى و كفاية .

الوجه الرابع ان دليل صحة الاجارة هو عموم (٣) اوفوا بالعقود وهو لايمكن شموله للمقام ، اذا لوفاء عبارة عن اتيان العمل المستأجر عليه اداءاً لحق المستاجر و هذا لايجتمع مع الاتيان به اداءاً لحق الله سبحانه و امتثالا لامره (و عليه) فان قصد الوفاء فقد ذهب الخلوص و فسدت العبادة و هو مع ذلك لا يكون وفاءاً ، وان قصد الاخلاص فلم يقصد الوفاء بعقد الاجارة ، فلابد وان يرفع اليد عن الامر بالوفاء لعدم التمكن من امتثاله على كل تقدير ، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق مايكون دليلا على صحة الاجارة (و فيه اولا) ماتقدم من عدم انحصار دليل صحة الاجارة بعموم آية

١-٣- سورة المائدة - الاية ٢
٢- النساء آية ٣٠

الوفاء بالعقود (و ثانيا) ان الوفاء بالعقد الذى امر به ليس عبارة عن اتيان العمل المستأجر عليه بقصد انه مخصوص بالمستأجر ومملوك له ، بل هو عبارة عن اتيان مايكون وفاءأ بالحمل الشايع اى مصداق هذا العنوان غير المتوقف تحققه على قصد كونه للمستاجر فلايعتبر فى امتثال الامر بالوفاء بالعقد قصد هذا العنوان كى يكون ذلك منافيا لقصد الخلوص .

الوجه الخامس ان الامر العبادى المتعلق بالعبادة تعبدى ، و الامر الاجارى المتعلق بالعمل المستأجر عليه توصلى ، فيلزم من صحة الاجارة المتعلقة بها اجتماع امرين متخالفين فى شيء واحد وهو محال (وفيه) ان الفرق بين التوصلى والتعبدى انما هو من ناحية المتعلق بناءأ على ماحققناه فى محله من ان قصد الامر مأخوذ فى متعلق الامر اذ ربما يعتبر فيه قصد القربة لعدم حصول الغرض الابه فالواجب تعبدى ـ وربما لا يعتبر فيه ذلك فالواجب توصلى والامر فى الموردين واحد ولا تعدد فيه و (عليه) فالامر الاجارى المتعلق بالعبادة ـ انما يكون مثل الامر المتعلق بها نفسها ـ بلا تفاوت بينهما ـ والمتعلق لكل منهما انما هو ذات العمل مع قصد القربة فيندك احدهما فى الاخر و يكون امرا مؤكداً كما فى غير المقام ( فتحصل ) ان شيئا مما استدل به على منافاة صفة العبادية للاجارة لايتم ـ و مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على العبادات و كذلك الاخذ بعنوان الجعالة اذا تمت ساير الشروط المعتبرة لعمومات صحة المعاملات ـ و يؤيدها ـ النصوص المتضمنة للترغيب على العبادات بذكر فوائدها من سعة الرزق واداء الدين وغيرهما ـ و المثوبة على فعلها والترهيب على تركها بذكر مايستتبعها من الهلكة والعقوبة اذ هذه النصوص تدل على انه لاتنافى بين العبادة والاتيان بها لجلب المنافع و دفع المضرات فتدبر .

ثم ان للقوم مسالك اخر فى تصحيح العبادة التى تعلقت الاجارة بها و عدم منافاة صفة العبادية للاجارة (احدها) ان الوفاء بالعقد امر محبوب عقلا وشرعا و هو من صفات المؤمنين فغاية العمل العبادى ايضا محبوبة فلا تنتهى سلسلة العلل الى

غيرالله تعـالى (وفيه) ان هذا في نفسه وان كان تاما - الاان محل الكلام هو اعمال الاجراء الخارجية التى يؤتى بها بداعى استحقاق الاجرة لامن حيث انالوفاء بالعقد محبوب شرعى.

ثانيها ما افاده المحققان كاشف الغطاء وصاحب الجواهر و هو ان المصحح للعبادية . هو الامر المتعلق بالعبادة .والامر الاجارى المتعلق بهالا ينافيها بل يؤكد الاخلاص ( اقول) لايبعد ان يكون مرادهما ما ذكرناه آنفا - من انحفاظ الاخلاص طولا - اذالداعى الاولهو امتثال الامر المتعلق بالعبادة والداعى الى هذا الداعى هو امتثال الامر الاجارى اى استحقاق الاجرة شرعا الذى مرانه عبارة اخرى عن كون الداعى الامر الالهى ، والخوف منه سبحانه ، فسلسلة العلل منتهية اليه تعالى- وعليه - فهو متين غايته ولا يرد عليه شيء مماورده المصنف ره من الايرادات الثلاثة ، ( الاول ) ان مقتضى ذلك الفرق بين الاجارة والجعالة حيث ان الجعالة لا توجب العمل على العامل (و فيه) ان صاحب الجواهرادعى ان الاجارة من جهة تسبيبها الوجوب ايضا يؤكد الاخلاص ولم يدع انه المصحح للعبادية حتى يرد عليه ماذكر فلازم ماذكره عدم تأكد الخلوص فى الجعالة لاعدم تحقق الاخلاص (الثانى) انه ان اريد ان تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الاخلاص فلا ريب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلى وان اريدانه يؤكد تحقق الاخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعالانمالايترتب عليه اجردنيوى اخلص ممايترتب عليه ذلك وجدانا (وفيه) ماعرفت من ان الداعى الى اتيان العبادة بقصدالامر ليس الا الاستحقاق شرعا للاجرة والامر الاجارى بالاتيان بمااشتغلت ذمته به من العمل ، لانملك الاجرة ولاتسلمهـا (الثالث) ان تأكد الاخلاص انمايكون بالتعبد بالامرين و التعبد بالامر الاجارى لا يتحقق الا ان يؤتى بمتعلقه بقصد حصول الوفاء واتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له و هذا المعنى ينافى وجوب اتيان الفعل لاجل استحقاقه تعالى اياه(وفيه ) ما تقدم من ان المأمور به بالامر الاجارى ليس هو اتيان العمل المستأجرعليه بقصد انه وفاء ، بل

المأمور به ذات ماهو وفاء اى مايصدق عليه الوفاء بالحمل الشايع ، فلايعتبر فى امتثاله الاتيان بالعمل من حيث استحقاق المستأجر له كي ينافى ذلك الاخلاص فراجع و تدبر .

ثالثها ما افاده السيد الفقيه فى حاشيته و غيره ، و هو الغاء الامر بالصلاة عن الوساطة و تصحيح العبادة بنفس امتثال الامر الاجارى ولهم فى ذلك تقريبان (الاول) ان الامر الاجارى وان كان توصليا الاان التوصلى مالايعتبر فى سقوطه قصد الامر لانه لايمكن التقرب به وعليه فلواتى بالعبادة المستأجر عليها بداعى امتثال الامر الاجارى صحت ووقعت عبادة (وفيه) انمورد الاجارة امـاذات تلك العبادة من غير قصد القربة فلازم صحة الاجارة سقوط امرها باتيانها وان لم يقصد القربة لكون هذا الامر توصليا و هو خلف ، و ان كان هو العمل المقيد بقصد الامر المتعلق به نفسه فالمفروض فى هذا الوجه عدم كفايته فى الخلوص و ان كان هو العمل المقيد بداعى امتثال الامر الاجارى، فهو يرجع الى التقريب الثانى وستعرف مافيه التقريب (الثانى) ان الامر الاجارى ليس مطلقاً توصليا ، بل هو تابع للغرض المترتب على متعلقه فان كان مترتبا على العمل مع عدم قصد القربة فالامر توصلى وان كان مترتبا عليه معه فهو تعبدى فان كان مورده مثل الصلاة والصيام كان مرجع الامر الاجارى الى ايجاب الصلاة والصوم وهما تعبديان وان كان مورده مثل الكتابة والخياطة كان مرجعه الى الامر بالخياطة والكتابة وهما توصليتان والدليل على كون الامر الاجارى فى المورد الاول تعبديا هو الدليل على كون الامر بالصلوة والصيام تعبديا اذ لافرق فى الصوم الذى سنخه سنخ التعبدى بين انحاء الامر به (وفيه) ان المحذور لم يكن عدم قابلية الامر المتعلق بتلك العبادة المستأجر عليها لان يكون قصده موجبا للعبادية كي يدفع المحذور بذلك بل المحذور كان هو ان الاتيان بداعى استحقاق الاجرة ينافى الخلوص وفى هذا المحذور لافرق بين قصد الامر المتعلق بتلك العبادة وبين قصد الامر الاجارى (فالصحيح) ما ذكرناه من ان قصد استحقاق الاجرة انما يكون فى طول قصد الامر

فلا يضر بالعبادة (مع) انه لوسلم كونه فى عرضه اواعتبرنا الاخلاص طولا ايضا فقصد استحقاق الاجرة لاينافيها بل هو قصد عبادى ايضا .

ثم لوتنزلنا عن جميع ماذكرناه و سلمنا ان قصده غير قربى ويكون فى عرض قصد القربة يدخل المقام فى الكبرى الكلية المذكورة فى كتاب الصلاة فى مبحث النية من ان الضمائم غير المحرمة هل تضر بصحة العبادة ام لا وقد ذكروا ان هناك صورا ( الاولى ) ان يكون كل من الداعيين ضعيفا بحيث لوكان وحده لما اثر فى صدور الفعل ( الثانية ) ان يكون الداعى القربى مستقبلا فى الداعوية و غيره تبعيا (الثالثة) عكس ذلك ( الرابعة ) ان يكون كل منهما مستقلا فى الداعوية الا انه انما يستند الفعل اليهما من باب عدم معقولية اجتماع علتين تامتين على معلول واحد ، (لاكلام) فى الصحة فى الصورة الثانية و الفساد فى الصورة الاولى و الثالثة وقد وقع الخلاف فى الصورة الرابعة (و اختار) جمع من الاساطين الصحة فيها فعلى هذا الاوجه للحكم بالبطلان مطلقا فى المقام وتمام الكلام فى هذه الكبرى الكلية موكول الى محله و قد اشبعنا الكلام فيها فى الجزء الرابع من هذا الشرح .

## عدم منافاة الوجوب بماهو لاخذ الاجرة

المقام الثانى فى بيان ان الوجوب بماهو هل ينافى اخذ الاجرة ام لا ـ اقول يقع الكلام فى هذا المقام فى موارد (الاول) فى الواجب العينى التعيينى غير النظامى (الثانى) فى الواجب الكفائى (الثالث) فى الواجب التخييرى (الرابع) فى الواجبات النظامية (اما المورد الاول) فمقتضى العمومات هو صحة الاجارة وعدم مانعيته عنها .

وقد ذكر فى وجه المنافاة وجوه (الاول) ان عمل الحر فى نفسه ليس بمال وانما يقابل بالمال لما دل على انه محترم ، فاذا وجب فقد سقط احترامه (و فيه) ان المالية من الاعتبارات العقلائية وانما يعتبرها العقلاء لكل مايرغبون اليه لما فيه من الاغراض و الفوائد العقلائية ومن البديهى ان عمل الحر من تلك الامور فهو مال ، و لوتنزلنا عن ذلك فلاريب انه يصير مالا بمجرد وقوع المعاملة عليه نظير الكلى فى

الذمة ـ ولذالاكلام في انه لو فوت احد عمل الحر يكون ضامناله وهذا المقدار يكفي في صحة المعاملة كما سيأتي التعرض له في كتاب البيع (مع) انه لو فرض عدم ماليته لاوجه للحكم بانه يقابل بالمال لا حترامه اذالدليل انما دل على ثبوت الحرمة لمال المسلم فان كان للعمل حرمة فهي لكونه مالا ـ ومع فرض عدمه لاحرمة له .

الوجه الثاني ما استند اليه المصنف ره ، وهو ان عمل الحروان كان مالافي نفسه لكنه اذاوجب سقط احترامه لان الوجوب عليه رافع لاختياره وتسلطه على الترك فهو مقهور على ايجاده و يستوفي العمل منه من دون دخل لرضاه و اذنه المقومين لاحترام المال في ذلك ، واستشهد لذلك بانه لو فرض ان المولى امر بعض عبيده بعمل وكان يرجع نفعه الى غيره فاخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عدا كلا للمال مجانا وبلاعوض (اقول) ان كان المدعى ان الوجوب الشرعي يوجب سلب المالية عن العمل (فيرد عليه) ان الوجوب انما يوجب سلب الاحترام بمعنى انه لايجوز التصرف فيه لاحد الامع اذنه ورضاه وله السلطان عليه وليس لاحد مزاحمته ولايوجب سلب الاحترام من حيث ماليته المقتضية ان لايذهب هدرا وبلا تدارك و نظير المقام ترخيص الشارع المارة في الاكل من التمرة و ترخيص الا كل من بيوت الاقارب فـان هذا الترخيص يوجب سلب الا حترام بالمعنى الاول ولا يوجب سلب المالية كي لايصح اخذ العوض في هذين الموردين (وان كان) المدعى ان العمل الواجب على المكلف لايعقل ان يصير واجبا ثانيا بالوجوب الاجاري ( فيرد عليه ) انه يلتزم بالتأكد فيكون لازم الامتثال من جهتين ( و ان كان ) المدعى انه يعتبر في صحة الاجارة ان يكون للمستأجر اجبار الاجير على ذلك العمل فاذا كان الفعل واجبـا عليه فهذا الحق ثابت له قبل الاجارة من باب الامر بالمعروف فلايترتب عليها ثمرة فلا تصح ( فيرد عليه ) انه بالاجارة يثبت هذا الحق فيكون ثابتا من ناحيتين ، و تظهر الثمرة في موردين (الاول) ماذالم يمكن اجباره على الفعل من باب الامر بالمعروف وامكن اجباره من باب كونه مملوكا له ولو بالرجوع الى المحاكم العرفية (الثاني)

ما اذا كان من وجب عليه جاهلا بالوجوب ( وبالجملة ) مجرد الوجوب الشرعى لا يوجب سلب المالية عن الشيء ومعه لاوجه لمنافاته مع صحة الاجارة .

الوجه الثالث ما افاده المحقق النائينى ره وهو انه يعتبر فى صحة المعاملة ، مضافا الى كون كل من المتعاملين مالكا لما يبذله اوبحكمه ، وايجادها بسبب خاص وآلة مخصوصة ان لايكون محجورا عن التصرف فيه من جهة تعلق حق الغير به او غير ذلك من اسباب الحجر ،ليكون له السلطنة الفعلية على التصرف فيه ، والايجاب يوجب سقوط ملك التصرف وسلب الاختيار و دفع السلطنة فلا محالة تفسد المعاملة (وفيه) ان توقف نفوذ المعاملة على السلطنة الوضعية المستتبعة لكون مورد المعاملة ملكا طلقا ولم يتعلق به حق الغير ، والمتعاملين بالغين عاقلين مختارين غير محجورين باحد اسباب الحجر بديهى ، واما كون الايجاب موجبا لسلب هذه السلطنة فهو اول الكلام، نعم ، الايجاب يوجب رفع السلطنة التكليفية المنتزعة من جواز الفعل والترك ونفوذ المعاملة غير متوقف عليها (فان قلت) انه يعتبر فى صحة المعاملة القدرة على التسليم ومع الوجوب لاقدرة لـه على الفعل و الترك اذ القدرة متقومة بالطرفين الفعل و الترك (قلت) انه لم يرد آية ولا رواية دالة على اعتبار القدرة على التسليم وانما نقول به لانه مقتضى وجوب الوفاء بالعقد اولا نعقاد الاجماع عليه ، او للنبوى (١) نهى النبى عن بيع الغرر و وجوب العمل لا ينافى مع ما تقتضيه هذه الادلة، اما الاول فلانه يتأكد وجوب العمل بوجوب التسليم، واما الثانى فلان المتيقن منه امكان و صول العمل الى المستأجر و المفروض فـى المقام تحققه ، و اما الثالث ، فلانه لاغرر مع امكـان الوصول كما لا يخفى .

الوجه الرابع ما نسب الى الشيخ الكبير كاشف الغطاء قده وهو ان ايجاب العمل يوجب صيرورته مملوكا لله تعالى ومستحقا له ، وفيما كان راجعا الى حقوق الغير يوجب صيرورة الغير مستحقا لذلك العمل من هذا العامل ، و لايجوز تمليك المملوك ثانيا (وفيه) انه لو كان المدعى ان الايجاب يقتضى كون العمل مملوكا لله

---

١- الدعائم ج٢ ص١٩

بالملكية الاعتبارية نظير ملكية العمل لاحد المخلوقين (فيرد عليه) ان الايجاب ليس الابراز شوق المولى بالفعل وهذا غير الملكية، وان كان المدعى انه يوجب خروج العمل عن تحت سلطنة العبد و دخوله فى سلطان المولى و ماهو داخل فى سلطان الغير لايجوز تمليكه (فيرد عليه ) ان جميع افعال العباد تحت سلطان المولى تشريعا لاتكوينا من غير فرق بين ما اذا اوجبها و ما اذا لم يوجبها فان السلطنة التشريعية عبارة اخرى عن ان زمام هذا العمل بيد الشارع وله جعل اى حكم اراده و هذا المعنى ثابت قبل الايجاب فالايجاب لايوجب حدوث سلطنة مانعة عن التمليك نعم هو يوجب سلب سلطنة المكلف تشريعا عن هذا العمل و هو لاينافى التمليك كما تقدم (و بالجملة) المراد من المكلية لله، ان كان هى الملكية الاعتبارية فالايجاب لايقتضى تلك وان كان ثبوت سلطنة تكوينية وسلب سلطنة العبد تكوينا فهو خلاف الواقع وجدانا وان كان بمعنى السلطنة التشريعية فهى ثابتة قبل الايجاب، و كونه موجبا لسلب سلطنة العبد تشريعا لاينافى التمليك هذا فيما اذا لم يكن الايجاب للغير، و اما فى ما كان له، فهو لايوجب مالكية ذلك الغير له و لذا يجوز استيجار الاجير لخياطة ثوب الغير فان العمل مملوك للمستأجر لا لذلك الغير فتدبر حتى لايشتبه عليك جعل العمل للغير بايجابه له (هذا هو ) الحق فى الجواب لا ما ذكره الاستاذ الاعظم وفاقا لغيره من الاساطين، من ان ملكية المستأجر انما هى فى طول ملكيته تعالى، و اجتماع الملكيتين الطوليتين امر ممكن لا محذور فيه ، و لا ما ذكره بعض آخر من ان ملكيته تعالى ليست من سنخ ملك العباد فانها بمعنى الا حاطة الوجودية بالا ملاك وملاكها ، (اذ يرد) على الاول انه لم يظهر لنا الفرق بين الملكيتين العرضيتين والطوليتين بل الظاهر هو استحالة اجتماعهما مطلقا ، و يرد على الثانى ان المدعى يدعى ان الايجاب يوجب ثبوت ملكية اعتبارية له تعالى غير تلك الملكية فتدبر .

(الوجه الخامس) ما نسب الى الشيخ الكبير ايضا ، و هو ان الاجارة لو صحت كان لازمها مالكية المستأجر لذلك العمل، و من لوازم الملكية التى لاتنفك عنها، جواز الابراء و الاقالة والتأجيل وحيث ان هذه الاثار لاتثبت للواجب المستأجر عليه فيكشف ذلك عن عدم الملك

و هو يكشف عن بطلان الاجارة (وفيه) ان هذه الاثار انما تثبت للمستأجر عليه من حيث الامر الاجارى وعدم ثبوتها له من حيث وجوبه من قبل الله تعالى لاينافى صحة الاجارة فالابراء فى المورد يوجب عدم استحقاق المستأجر للعمل ـ و التأجيل يوجب عدم لزوم التعجيل من حيث استحقاقه ، و الاقالة ، توجب انتفاء الوجوب الاجارى.

الوجه السادس ما نسب الى المحقق النائينى ره ايضا، وهو انه يعتبر فى صحة الاجارة كون الاجير مالكا لعمله كى يملكه المستأجر بالاجارة ، والوجوب يوجب نفى ملكيته له،وبعبارة اخرى يعتبر ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر فلو لم يكن كك كما اذا تعلق تكليف عليه مباشرة لم تصح الاجارة (و فيه) ان الوجوب الذى حقيقته ابراز شوق المولى لايوجب سلب الملكية عن العمل كما تقدم ، و اعتبار كونه ممكن الحصول انما هو يرجع الى اعتبار القدرة على التسليم الذى عرفت انه لاينافى مع الوجوب.

الوجه السابع ما نسب الى المحقق الخراسانى ره احتماله ، و هو ان بذل العوض على ما يتعين على الاجير لغو (و فيه) انه لا لغوية فيه مع عدم العلم بصدوره منه، اولان يكون له اجباره على الفعل ( مع ) ان الموجب لفساد الاجارة مع لغوية بذل العوض ليس الا كون المعاملة سفهية ، وهو لايوجب البطلان كما تقدمت الاشارة اليه.

الوجه الثامن ان الايجاب انما يكون ناشئا عن مصلحة موجودة فى الفعل عائدة الى من يجب عليه ، فاخذ العوض على ماتعود فائدته اليه اكل للمال بالباطل (وفيه) ان الموجب لكون اخذ العوض اكلا للمال بالباطل، انما هو عدم كونه ذا فائدة عائدة الى المستأجر وعدم ترتب غرض عقلائى له عليه ولو كون الله تعالى مطاعا لا كونه ذا فائدة عائدة الى الاجير فتدبر .

الوجه التاسع ما نسب الى المحققين النراقيين و المحقق القمى ره وهو انه لا يجوز توقيف الواجب على شرط و صحة الاجارة تستلزم ذلك لانها توجب توقيف الواجب على اخذ الاجرة (وفيه) انه لايعتبر فى صحة الاجارة كون الشخص غيربان على الفعل فلا مانع من استيجاره على عمل لولم يستأجره ايضا كان

يأتي به فتصح الاجارة ولايلزم منه توقيف الواجب على شرط (فتحصل) ان شيئاً مما استدل به على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب لايدل عليه ، فالاظهر جوازه، فعلى هذا لايبقى مورد للبحث في الموارد الثلاثة الاخر ،فان الجواز في تلك الموارد اولى من الجواز في هذا المورد و لكن لابأس بالتكلم فيها بناءاً على عدم الجواز هنا .

# اخذ الاجرة على الواجب الكفائي

اما المورد الثاني ، فقد اختار المصنف ره جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائي التوصلي، (واستدل) له الاستاذ الاعظم بان من يجب عليه الفعل في الواجب الكفائي انما هو عنوان احد المكلفين و من الواضح ان ايقاع الاجارة على مباشرة شخص معين ، و اخذ الاجرة على تلك الخصوصية ليس من قبيل اخذ الاجرة على الواجب فانما اخذت عليه الاجرة ليس بواجب وماهو واجب لم تؤخذ عليه الاجرة ( اقول ) يرد عليه ( اولا ) ، ان المكلف في الواجب الكفائي انما هو جميع آحاد المكلفين ، غاية الا مر يكون التكليف المتوجه الى كل احد تكليفا مشروطا بعدم اتيان الآخرين به و على هذا اذا وقعت الا جارة على مباشرة شخص معين مع ترك الآخرين فقد و قعت على الواجب ( و ثانيا ) انه لو سلم كون المكلف هو عنوان احد المكلفين ، و لكن لا كلام في ان الفعل الصادر من احدهم انما يكون مصداقا للواجب لصدق عنوان احد المكلفين عليه واذا كان العمل من احد المكلفين مملوكا لله تعالى ومسلوب الاحترام والقدرة فعمل الاجير مصداق لما هو مملوك له ومسلوب الاحترام والقدرة فلايجوز اخذ الاجرة عليه ( فالاظهر ) انه تجرى عمدة الوجوه المتقدمة في الواجب الكفائي ايضا لاسيما اذا تعين على الاجير لعدم اقدام احد على العمل، او امتناع الكل عن العمل مجانا كما لايخفى .

ثم انه قد استدل لعدم جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائي بما نقله المصنف ره بقوله (**ان الفعل متعين له فلايدخل في ملك آخر و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه الخ**)

توضيح هذا الوجه ان الواجب الكفائى انما يعود نفعه من المصلحة المقتضية لايجابه والثواب المترتب عليه الى الاجير نفسه فهو متعين له و مختص به لاختصاص فوائده به ومايكون كك لايمكن ان يدخل فى ملك آخر اذ دخول العمل فى ملك الغير انما هو فيما يعود نفعه اليه ـ وبهذا ظهر امران (الاول) ان قوله وبعدم نفع المستاجر الخ تفسير لقوله بان الفعل متعين له لادليل آخر ويشهد لذلك مضافا الى ماتقدم اقتصار المصنف على جواب واحد (الثانى) ان ماذكره السيد الفقيه فى تعليقته من ان هذا الوجه يرجع الى الوجه السابق وهو التنافى بين الوجوب والتملك غير تام و الظاهر ان هـذا الايراد نشأ من الخلط بين قول متعين له و متعين عليه فتدبر حتى لايشتبه عليك الامر (والجواب) عن ذلك هو ما اشار اليه المصنف ره فى صدر المبحث و هو ان فى جميع الواجبات الكفائية فائدة تعود الى المستأجر و هـو سقوط التكليف عـن المستأجر بمباشرة الاجير ( و اما ) ماذكره فى المقام بماحاصله ان الثواب المترتب على الواجب الكفائى يرجع الى المستأجر (فيرد عليه) ان ثواب الفعل لو قصد الاجير به القربة لايعود الى المستأجر وانما الذى يحصله المستأجر هو ثواب التسبيب الى فعل الخير الذى هو مترتب على فعل نفسه .

**( قوله قده ثم ان صلح ذلك الفعل المقابل بالاجرة لامتثال الايجاب المذكور او اسقاطه به او عنده سقط الوجوب الخ )** اقول قـد وقع الخلاف بين المحشين فى بيان المراد من هذه العبارة لمافيه من القلق و الاضطراب حتى ان السيد الفقيه قال واما السقوط عنده فلم افهم المراد منه (والذى) يخطر بالبال فى بيان مراده ره ان الفعل المقابل بالاجرة (تارة) يصلح لامتثال الايجاب وهو انمايكون فيما اذا قصد امتثال الامر فى اتيان العمل المستأجر عليه مع قصد استحقاق الاجرة بناءاً على المختار من عدم منافاته للخلوص او بدونه بناءاً على المنافاة (واخرى ) يصلح لاسقاط الواجب بـه ـ وهو مااذا كان العمل المستأجر عليه توصليا و اتى به الاجير لا بقصد امتثال الامر فانه يسقط الواجب به و يستحق الاجرة (وثالثة ) يصلح لسقوط

الواجب عنده و هوفيما اذاكان الواجب المستأجر عليه توصليا وقد اوجبه الشارع بعنوان المجانية فاتى به الاجير بقصد الاجرة كدفن الميت اذا اتى به الاجير لامجانا بل بقصد اخذ الاجرة وعليه فلايقع مصداقا للواجب ولكن مع ذلك يسقط الوجوب لارتفاع الموضوع، وفي جميع هذه الصور يستحق الاجرة.

(قوله قده وان لم يصلح استحق الاجرة الخ ) هذافيما اذا كان المستأجر عليه عبادة و بنينا على منافاة قصد اخذ الاجرة للخلوص فان الواجب ح لايسقط وجوبه و مع ذلك يستحق الاجرة لاحترام عمله ، وعليه فان بقي الوقت وجبت الاعادة والا عوقب على تركه ، هذامايرجع الى شرح العبارة ، ولكن الاظهر عدم استحقاق الاجرة في الصورتين الاخيرتين كما سيظهر وجهه فانتظر .

# اخذ الاجرة على الواجب التخييري

و اماالمورد الثالث ، و هو اخذ الاجرة على احد فردي الواجب التخييري بالخصوص ، فقد استدل الاستاذ الاعظم على جوازه (بان) الواجب انما هو عنوان احد الفردين ، ومتعلق الاجارة انما هو الاتيان بفرد خاص ، فما هو واجب غيرما يؤخذ الاجرة عليه (اقول) ان مورد الاجارة ان كان تخصيص الواجب بخصوصية خارجة عن حريم متعلق الوجوب قابلة للانفكاك عن الواجب اوغير قابلة له ، كمااذا استأجره لان يمتثل الامر بالدفن الواجب عليه بتخصيصه بارض صلبة ، اوان يستأجره الخياط الذي وجب عليه خياطة ثوب زيد ، و كان مخيرافي موضع الخياطة ، بان يخيط ذلك الثوب في منزله لتعلق غرض عقلائي به صح ماذكر فان تخصيص الواجب بهذه الخصوصية ليس بواجب ، واما ان كان مورد الاجارة هو الحصة الخاصة والفرد الخاص وبعبارة اخرى، الواجب المتخصص بالخصوصية فلايتم، اذ العمل المستأجر عليه حين وقوعه يقع مصداقا لماهو مملوك لله تعالى، و مسلوب الاحترام و القدرة ، ومايجوز ان يقهر عليه فعلى فرض كون هذه الامور مانعة عن صحة الاجارة لم تصح في المقام

(وبماذكرناه) ظهرمافى استدلال المصنف ره للجواز بانه محترم لايقهر المكلف عليه فجازاخذ الاجرة بازائه،نعم لوكان مراده الفرض الاول كما لعله الظاهر من عبارة المكاسب تم ما ذكره .

(قوله قده ثم انه قديفهم من ادلة وجوب الشىء كفاية كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين الخ) اقول بناءاً على عدم مانعية الوجوب عن صحة الاجارة كما هو المختار، او عدم ما نعية الوجوب الكفائى عن صحة الاجارة كما اختاره المصنف ره، كونه حقا لايكفى فى عدم جواز الاخذ ، مالم يثبت كونه حقا مجانيا ،ومع ثبوته لافرق بين كونه حقا للمخلوق ومالم يكن كذ، (وبالجملة) المدار على المجانية لا على حقيته للمخلوق اما عدم جواز اخذ الاجرة ، فى الفرض الاول فواضح،واما جوازه فيما كان حقا للمخلوق فلما تقدم فى المورد الاول ، فى جواب الوجه الرابع من ان ايجاب العمل للغير ، غير جعل العمل له وهو لايوجب مالكية ذلك الغير فلا يمنع عن اخذ الاجرة فراجع ماذكرناه ، (لايقال) ان مرجع هذا الجواب الى منع ثبوت حق للمخلوق فى العمل ، وان الثابت انما هو حكم ينتفع به ذلك الغير،(فانه يقال) ان ذلك تام ولكن ندعى انه فى الموارد التى ادعوا ثبوت حق للمخلوق كتجهيز الميت و تعليم الجاهل لايستفاد من الادلة ازيد من ما ذكرناه ـ ولايمكن استفادة كون العمل مملوكاً ومستحقاله ، و لذا احالوا استفادة ذلك فيها الى لطف قريحة (نعم) لو ثبت فى مورد ان الشارع الاقدس اعتبر الاستحقاق لايبعد دعوى ظهوره فى كونه بنحو المجانية (فما ذكره) بعض المحققين من انه اذا كان اعتبار الاستحقاق تارة بنحو المجانية و اخرى بنحو العوضية فمجرد دلالة الدليل على الاستحقاق للعمل لا يجدى فى سقوط الاحترام ما لم يدل على ان استحقاق العمل بنحو المجانية ، ـوحيثـ انه عمل محترم لا دليل على اسقاط احترامه فللعامل مطالبة اجرة مثل عمله (خلاف الظهور) ولكن منه يظهر وجه آخر لعدم مانعية ثبوت الحق عن اخذ العوض و هو حسن فتدبر .

# اخذ الاجرة على الواجبات النظامية

و اما المورد الرابع فالظاهر انه لاخلاف بينهم فى جواز اخذ الاجرة على الواجبات النظامية اى ما وجب لحفظ النظام من الحرف و الصناعات المتوقف عليها النظام ، و حيث ان المنسوب الى اكثر الا صحاب عدم جواز اخذ الا جرة على الواجب جعل ذلك نقضاً عليهم ، و هم اجابوا عنه باجوبة ، و لكن بناءاً على ما عرفت من جواز اخذ الا جرة على الواجب مطلقا لا مورد لهذا الا يراد اصلا و كيف كان فقد اجابوا عنه بامور.

الاول خروج ذلك بالاجماع و السيرة القطعيين ، ( و فيه ) ان مستند المنع لم يكن عدم الدليل فى مقام الاثبات على الجواز او الدليل على عدمه ، كى يخرج عنه بذلك ، بل كان المانع مانعا ثبوتيا و انه لا يعقل صحة الاجارة مع كون موردها واجبا ، فلو قام الدليل على الجواز فى مورد لابد من الا لتزام باحدامرين على سبيل منع الخلو كشف ذلك الدليل عن بطلان تلك القاعدة ، اورد ذلك الدليل و عدم العمل به.

الثانى ما عن المحقق الثانى من اختصاص جواز الا خذ بصورة قيام من به الكفاية فلا يكون ح واجبا . (وفيه) انه ان اريد بذلك وجود من يقوم به ، فمرجع ذلك الى جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائى مطلقا و قد انكر ذلك المحقق ،و ان كان المراد قيام الغير به فيرد عليه انه لاخلاف بينهم فى جواز اخذ اول من يقوم بالفعل الاجرة على عمله.

الثالث ما افاده المحقق النائينى ره، وهو ان الواجب على الاجير هو بذل عمله اى تعلق التكليف او الوضع بالمعنى المصدرى لا بنتيجة عمله التى هى المعنى لاسم المصدر فان الطبيب و ان وجب عليه الطبابة عينا الا انه مالك لعمله و الاجرة تقع بازاء العمل الذى هو مناط مالية المال لا بازاء قوله من حيث الاصدار (وبالجملة) متعلق الوجوب

فى الواجبات النظامية هو العمل بالمعنى المصدرى ، وعليه ، فلامانع من اخذ الاجرة على نتيجة العمل ، (وفيه) ان الفعل من حيث المعنى المصدرى عين الفعل من حيث اسم المصدر و الفرق بينهما اعتبارى كما حقق فى محله ، و عليه فالواجب بعينه هو العمل المستاجر عليه .

الرابع ما عن مفتاح الكرامة ، والرياض ، من ان المنع مختص بالواجبات النفسية التى وجبت لذاتها ، كدفن الميت دون الواجبات الغيرية كالصناعات التى هى مقدمة لحفظ النظام الواجب (وفيه اولا ) ان المانع المتوهم انما هو الوجوب من حيث هو وجوب ولافرق فى ذلك بين النفسى والغيرى (وثانيا) انه قد حقق فى محله ان السبب التوليدى واجب بعين الوجوب المتعلق بالمسبب لابوجوب آخر ، وفعل الصنايع والحرف بالنسبة الى مايترتب عليها من حفظ النظام من هذا القبيل اذلا واسطة بين هذه الافعال و حفظ النظام وانما يحفظ النظام بها.

الخامس ان حفظ النظام انما يتوقف على تلك الصناعات والحرف وهى و ان لم تتوقف على اخذ الاجرة و تجويزه ، ولكن بما ان اكثر الناس انما يتصدون للصناعات الشاقة طمعا فى الاجرة اوزيادتها فمع عدم جواز اخذ الاجرة يتركونها او يختارون الاعمال السهلة دون الشاقة فلاينحفظ النظام لاجل العصيان فقاعدة اللطف تقتضى تسويغ اخذ الاجرة تقريبا للعباد الى امتثال التكاليف النظامية و بهذا ظهر مقابلة هذا الوجه للوجه السابع فى المتن فماافاده المحقق الايروانى ره من ان مآل هذا الوجه الى الوجه السابع غير تام (والمصنف) ره دفعه بان المشاهد بالوجدان ان اختيار الناس للصنايع الشاقة ليس ناشئا عن زيادة الاجرة بل عن دواع اخر ، وظاهره تسليم هذا الوجه على هذا التقدير (اقول) ان مااقتضته قاعدة اللطف فى جميع التكاليف من جعل الثواب على الموافقة والعقاب على المخالفة كاف فى التقريب الى الامتثال هنا ولا حاجة الى شىء آخر .

السادس ان هذه الصناعات انما تجب لحفظ النظام وهو انما يتوقف على

التكسب بها،فايجابهاتبرعا نقض للغرض (وفيه) ان من المشاهد بالوجدان استقامة النظام لواتى بهاتبرعافالصغرى ممنوعة .

السابع ماعن كاشف الغطاء قده ،وهوان وجوب تلك الصناعات ليس مطلقا بل هو مشروط بالعوض ، فلا يعقل انيكون اخذالعوض منافياله (وفيه) انه ان اريد بذلك كون اخذ العوض شرطا للوجوب بمعنى انه لا وجوب لهاقبل الايجار ، فيرد عليه ، انلازمه عدم الوجوب قبل الايجار وقبل انيبذل الباذل العوض ولازم ذلك عدم انحفاظ النظام و ان اريد به كونه شرط الواجب كمايظهر من تمثيله ببذل الطعام و الشراب للمضطر فيرد عليه (اولا) انه لاريب فى عدم وجوب اخذ العوض اذلا كلام فى انه يجوز العمل مجانا و (ثانيا) ان العمل ح يصير واجبا غاية الامر بالوجوب الضمنى، ولم يفرق المشهور بين الواجب الضمنى والاستقلالى، فى عدم جواز اخذ الاجرة عليه فتدبر.

الثامن ان وجوب تلك الصناعات ليس لاجل ذاتها بل لاجل اقامة النظام و هى لاتتوقف على العمل تبرعا بل تحصل به و بالعمل بالاجرة فالواجب هو العمل لابشرط من المجانية واخذ العوض، (وفيه) ان مقتضى هذا الوجه جواز اخذالاجرة على جميع الواجبات سوى ما وجب مجانا ، و بعبارة اخرى ان المانع المتوهم لم يكن ظهور الادلة فى المجانية بل كان هو التنافى بين صفة الوجوب واخذ العوض فلا يعقل على هـذا جعل الوجوب على شيء مشروطا بالعوض ولا مطلقـا بالنسبة اليه (ثم ان) المصنف ره اختار لاجل عدم تمامية هذه الوجوه عنده عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب النظامى اذاكان وجوبه عينيا تعيينيا ، (وحيث) توجه الى ان المشهور ملتزمون بجواز اخذها حتى فى هذه الصورة كما اذا تعينت الطبابة على طبيب ، فلذا تصدى للجواب عنه ،بان اخذ العوض انما يكون لمقدمة هذا الواجب التى هى واجبة بالوجوب الكفائى اذالطبابة مثلا انما تتوقف على الجمع بين الطبيب و المريض و هو كمايكون بحضور الطبيب عندالمريض كك يكون باحضار الاولياء المريض عندالطبيب (اقول) يردعليه قده ان الطبابة بمعنى اعلام الدواء واجبة على

الطبيب ومقدمة هذا الواجب التي بعقل ان تصير واجبة بالوجوب المقدمي انما هي مايكون فعل الطبيب نفسه ، ولا يعقل ان يجب الاحضار بالوجوب المقدمي المترشح من وجوب الطبابة المتوجه الى الطبيب كما لا يخفى فالحضور ايضا واجب عيني لا يجوز اخذ العوض عليه (مع) ان لازم هذا الوجه هو عدم جواز اخذ العوض في صورة الاحضار وبناء المشهور على الجواز في هذه الصورة ايضا .

**(قوله قده واما اخذ الوصي الاجرة على تولي اموال الخ)** اقول ان المصنف ره بعد بنائه على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب العيني التعييني اورد على نفسه بنقوض ثلاثة (الاول) جواز اخذ الوصي الاجرة على عمله حتى مع وجوب العمل عليه عينا واجاب عنه بوجهين ، (احدهما) ما افاده سابقا ، وهو ان هذا حكم شرعي لا من باب المعاوضة (ثانيهما) ماافاده في المقام ، وهو انه من جهة الاجماع والنصوص المستفيضة الدالة على ان للوصي ان يأخذ شيئا ، المحمول على اجرة المثل فتوى ونصا ، بملاحظة احترام عمله ـ اقول في كلا الوجهين نظر (اما الاول) فمضافا الى مناقضته للوجه الثاني ، اذ لو لم يكن عوضا بل كان حكما تعبديا لما كان العمل محترما في نظر الشارع كي يحمل ذلك على اجرة المثل ، انه ينافي مع صحيح (١) هشام بن الحكم قال سألت اباعبدالله عليه السلام عمن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه فقال عليه السلام ينظر الى ماكان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك ، فان ظاهره كون مايأخذه الوصي عوضا عن عمله (واما الثاني) فلانه اذا كان اخذ العوض على الواجب مناقضاً لوجوبه عقلا و لا يجتمعان فلابد من توجيه تلك النصوص والفتاوى (فالصحيح) ان يقال انه بناءاً على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب كما هو المفروض في هذه النقوض تحمل النصوص على ان الشارع الاقدس و لاية اعتبر كون الصغير مستحقا لعمل الوصي بعوض فكانه عامل الطرفان على ذلك فلا يكون من قبيل اخذ العوض على الواجب بل ايجاب العمل نشأ من استحقاق الصغير له ـ فهو من قبيل وجوب اداء مايستحقه الغير .

---

١ـ الوسائل باب ٧٢ من ابواب مايكتسب به حديث ٥

النقض الثاني انه يجب بذل المال للمضطر مع انه لا كلام في لزوم العوض عليه (واجاب) عنه بان العوض انما هو للمبذول والواجب هو البذل فما هو الواجب غير ماجعل العوض له (واورد عليه) السيد الفقيه بانه في المقام ايضاً يرجع بعوض المبذول الذي هو العمل والواجب انما هو بذل العمل فما هو الواجب شيء ومايؤخذ عوضه شيء آخر (اقول) يرد على السيد قده ان بذل العمل ليس الا ايجاده وقد حقق في محله ان الايجاد والوجود متحدان ذاتا ومتغايران بالاعتبار ، فالعمل عين بذله و ايجاده لاشيء في مقابله وهذا بخلاف بذل الاعيان فانه غير المبذول (ويرد) على المصنف ره ان ملاك عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب عند المصنف ره هو سقوط احترامه وان استيفائه منه لايتوقف على طيب نفسه ، وهذا الملاك بعينه موجود في المبذول ايضا ، اذ الواجب وان كان بذله الان لازمه عدم دخل طيب نفسه في التصرف في المبذول واتلافه الذي هو الملاك في سلب الاحترام عنده ـ والمفروض ان المال الذي لااحترام له لايجوز اخذ العوض عليه ـ فلا مناص عن الالتزام بعدم جواز اخذ العوض اذا وجب البذل عينا ، على هذا المسلك لكنك عرفت فساد المبنى .

النقض الثالث انه يجب على الام المرضعة ارضاع اللباء بناء على توقف الحيوة عليه ، مع انه يجوز اخذ العوض عليه (واجاب) عنه بجوابين ، احدهما ، اذكره في الجواب عن النقض الاول ، الثاني ماجاب به عن النقض الثاني ، وقد عرفت مافي كليهما .

## اخذالاجرة على المستحب

(قوله قده واما المستحب والمراد منه ماكان له نفع الخ) بعد مابين حكم اخذ الاجرة على الواجب في المقام ، و حكم اخذ العوض على الحرام في اوائل الكتاب واشار الى حكم المباح و المكروه . تصدى لبيان حكم اخذ العوض على المستحب الذي يكون المشهور بين الاصحاب جوازه ، وفصل فيه ، بين ان تكون فائدة ذلك العمل التي هي ملاك صحة الاجارة مترتبة عليه اذا اتى به مع قصد الاخلاص

كالصلاة المعادة التى نفعها جواز الاقتداء به ، المتوقف على تحقق الاخلاص ، فاختار عدم جواز اخذ الاجرة وبين مالم تكن الفائدة كك بل كانت مترتبة على العمل وان لم يتحقق الاخلاص كبناء المساجد و نحوه ، فاختار الجواز (و حيث) ان مبنى هذا التفصيل منافاة صفة العبادية للاجارة ، وقد اشبعنا الكلام فى ذلك وعرفت ان الاتيان بقصد استحقاق الاجرة لاينافى الاخلاص فلامورد لهذا التفصيل فالاظهر هو جواز اخذ الاجرة على المستحب مطلقا .

( قوله قده ماكان له نفع قابل لان يرجع الى المستاجر الخ ) اقول قد عرفت فى اول هذا المبحث انه لايعتبر فى صحة الاجارة ان يكون للعمل المستأجر عليه نفع عائد الى المستأجر فراجع ماحققناه .

## حقيقة النيابة فى العبادات

المقام الثالث ، فيما يتعلق بالنيابة فى العبادات و ما اورد عليها من الاشكال الذى ذكر مانعا عن اخذ الاجرة على العمل العبادى النيابى ـ و تلك الايرادات ثلاثة (الاول) ما تقدم من الاشكال فى اخذ الاجرة على التعبديات غير النيابية من منافاة اخذ الاجرة للاخلاص المعتبر فى العبادة (الثانى) ان النائب لاامر له الا بالنيابة و هو مضافا الى كونه توصليا لو قصد به التقرب كان ذلك تقربا له بالنسبة الى امر نفسه لا بالامر المتوجه الى المنوب عنه المتعلق بالعبادة (الثالث) ما نسب الى المحقق الخراسانى ره وهو ان تقرب النائب يوجب حصول القرب لنفسه لا للمنوب عنه اذ القرب المعنوى كالقرب الحسى ، فالتقرب المعتبر فى العمل العبادى النيابى غير قابل للنيابة .

اما الايراد الاول فقد اجابوا عنه باجوبة ، كلها مبتنية على تسليم منافاة اخذ الاجرة للاخلاص ، وحيث عرفت عدم منافاته له فلا مورد لهذا الايراد اصلا (احدها) مافهمه الاستاذ الاعظم وغيره من كلام المصنف ره فى المقام ، وهو ان للنائب فعلين

،احدهما، فعل جانحی قلبی وهو جعل نفسه بدلا عن المنوب عنه فی الاتیان بتکالیفه و تنزیل نفسه منزلته ـ وهذا هی حقیقة النیابة والامر المتعلق به امر غیر عبادی، والاجرة انما تجعل فی مقابل هذا الفعل ، ثانیهما ، ماهو فعل جارحی وهو ذات العمل کالصلاة والحج ، والامر المتعلق به امر تعبدی و لم تجعل الاجرة بازائه و لکل من الفعلین غایة مترتبة علیه فلا تنافی بین کون النیابة بقصد اخذ الاجرة و ذات العبادة بداعی الاخلاص وهذا الوجه هو الذی ذکره المصنف ره فی کتاب القضاء (وفیه) انه اذا کانت الاجرة بازاء النیابة نفسها لزم استحقاقها بمجرد ذلك التنزیل القلبی وان لم یأت بالمنوب فیه و هو بدیهی البطلان و ان کانت بازاء نفس العمل عاد المحذور (ثانیها) ماهو المستفاد من عبارة المکاسب فی المقام وعبارة الفرائد فی مبحث اصالة الصحة (وحاصله) ان العبادة النیابیة کالصلاة اذا تحققت فی الخارج کان لها اعتباران ، و باعتبار هی فعل النائب و لذا یجب علیه مراعاة الاجزاء والشرایط ،وباعتبار ، هی فعل المنوب عنه ولذا یراعی فیها القصر والاتمام ، وهی بالاعتبار الاول لایجب التقرب فیها کی یمنع عن اخذ الاجرة ، و بالاعتبار الثانی عبادیة لایؤخذ علیها الاجرة فلا مانع من وقوعها قربیاً محضا عن المنوب عنه (و بالجملة) العبادة النیابیة فعل لشخصین اعتبارا وهی باحد الاعتبارین قربیة وبالاعتبار الاخر غیر قربیة، والاجرة انما تکون بازائها بالاعتبار الثانی (وفیه) انه بما ان الفعل الخارجی واحد حقیقة وهو منسوب الی النائب بالذات والی المنوب عنه بالعرض والمحرك والداعی نحو هذا الفعل ، امران علی الفرض، امتثال الامر المتعلق به واستحقاق الاجرة فعلی فرض کون ذلك مانعا عن الخلوص لم یتمحض الفعل فی الاخلاص،وبعبارة اخری، ماهو منسوب الی النائب بالذات بعینه منسوب الی المنوب عنه بالعرض فلا یعقل ان یکون الداعی لکل منهما غیر الداعی الی الاخر (وبالجملة) الموجود الخارجی واحد والداعی انما یدعو الی ذلك فاذا کان الداعی متعددا لزم عدم تمحضه فی الاخلاص (ثالثها )ماحکاه المصنف ره فی کتاب القضاء عن غیره (وحاصله) ان النیة مشتملة علی قیدین،احدهما کون الفعل خالصا لله،ثانیهما کونه عن الغیر باجرة او

بغيرها،و مايؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى اعنى النيابة عن المنوب عنه بمعنى انه مستأجر على النيابة ، وقيد القربة على حاله لاتعلق للاجارة به الامن حيث كونه قيداً للعمل المستأجر عليه ( و بالجملة ) ما يؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى دون المقيد بقصد القربة اونفس امتثال الامر (وفيه) انهذا الوجه مع دقته يوجب رفع الاشكال من حيث التشريك فى الداعى خاصة ،واما محذور عدم تمحض الخلوص طولا فهو يبقى على حاله اذ الصلاة عن قصد القربة انما يؤتى بها لا جل الا جرة فلا اخلاص طولا ، و المفروض فى هذا المقام لزومه (رابعها) انعنوان النيابة يلحق الفعل المنوب فيه وبه يصير متعلقا للاجارة وهو كون العمل عن فلان، فالعمل من حيث ذاته عبادة ومن حيث وصفه اى تقيده بكونه عن الغير معاملة محضة يؤخذ عليه الاجرة (وفيه) انه من حيث كون الفعل واحداً حقيقة وخارجا فالداعيان المفروضان اماان يكونا محركين نحوه فى عرض واحد فيلزم عدم الخلوص عرضاً، او يكون اخذ الاجرة فى طول الداعى القربى فيلزم عدم تمحض الخلوص طولا (فتحصل) انه على فرض منافاة اخذ الاجرة للعبادة لايمكن تصحيح العبادات النيابية بوجه.

و اما الا يراد الثانى فقد اجاب عنه المحقق اليزدى فى درره بما حاصله ان مباشرة الفاعل (تارة) تكون دخيلة فى حصول الغرض المترتب على الفعل فلا يسقط الامر بفعل الغير و ان لم يكن العمل عباديا ( و اخرى ) لا تكون دخيلة فيه ؛ فلا ما نع من صيرورة الامر المتعلق به محركا للغير لايجاد ذلك الفعل مراعاة لصديقه واستخلاصه من المحذورات المترتبة على ذلك الا مر من العقاب و البعد عن ساحة المولى و الظاهر ان الى هذا نظر المحقق النائينى قده ، حيث قال ان الا مر الا جارى تعلق باتيان العبادة بداعى الامر المتوجه الى المنوب عنه (وفيه) انه اذا كان الغرض مترتبا على فعل كل واحد منهما بما هو لزم كون الامر متوجها اليهما غاية الا مر بما ان الغرض واحد ويحصل بفعل كل منهما يكون الوجوب كفائيا فيخرج عما هو محل الكلام ،و ان كان مترتبا على فعل المنوب عنه خاصة غاية الامر اعم من المباشرى

والتسبیبی، ومابالذات ومابالعرض، فمثله لایصلح الالتوجه الامر الی المنوب عنه المحرك نحو الفعل اعم من المباشرة و التسبیب و لکن هذا الامر لا یعقل ان یکون محرکا للنائب نحو الفعل اذ التکلیف غیر المتوجه الیه کیف یحرکه، نعم اذا کان الغرض یحصل بفعله و کان الواجب توصلیا لزم سقوط التکلیف بفعله لحصول الغرض لا للامتثال (و بالجملة) الامر المتعلق به لا یعقل محرکیته نحو عمل غیره الصادر باختیاره و ارادته (و ربما یجاب) عنه کما عن بعض المحققین ره، بان النیابة من الاعتبارات العقلائیة لها آثار عند العقلاء فاذا امضاها الشارع الاقدس لزم ترتب تلك الاثار علیها فاذا کان المنوب فیه من العبادات، کان مقتضی امضاء النیابة توجه التکلیف المتوجه الی المنوب عنه الی النائب ایضا (وفیه) انه ان ارید بذلك توجه ذلك التکلیف الیه فهو غیر معقول اذا لفرد المشخص کیف یمکن توسعته وان ارید انتسابه الیه بالعرض، فیرد علیه ان البعث العرضی لایجدی فی الانبعاث الحقیقی و ان ارید توجه تکلیف آخر الی النائب فهو یحتاج الی دلیل فتدبر (و الصحیح) فی الجواب عن هذا الایراد ان یقال انه دلت النصوص المستفیضة علی توجه امر استحبابی الی جمیع الناس فی النیابة عن المیت و الحی فی بعض الموارد وهو امر عبادی نظیر الامر المتوجه الی المنوب عنه وهو متعلق بالفعل المعنون بعنوان النیابة عن الغیر (وعلیه) فالنائب انما یأتی بالعبادة بداعی الامر المتوجه الی نفسه لابالامر العبادی المتوجه الی المنوب عنه.

و اما الایراد الثالث و حاصله ان التقرب المعنوی کالتقرب الحسی لایقبل النیابة اذ لایعقل تقرب النائب وحصول القرب للمنوب عنه ومالم ینتسب الی المنوب عنه عمل قربی لم تفرغ ذمته عن العمل القربی المکلف به، ولهذا الایراد التزم بعض بان باب النیابة باب اهداء الثواب، و التزم المحقق الخراسانی ره علی ما نسب الیه بعدم لزوم قصد التقرب علی النائب وان رضا المنوب عنه بما نسب الیه کاف فی مقربیة العمل له (ولکن) بما ان باب النیابة ممتاز عن باب اهداء الثواب، وحدیث کفایة

رضا المنوب عنه فى مقربية العمل له لايجدى بالنسبة الى الميت، فلابد من جواب آخر (والحق) فى هذا المقام ان يقال ان سقوط التكليف عن المنوب عنه انما هو لحصول الغرض من اتيان النائب بذلك العمل نيابة عنه الذى عرفت انه مأمور به بالامر الاستحبابى وقصد النائب التقرب انما يكون لاجل الامر المتوجه الى النائب نفسه، و حصول القرب المعنوى بالمعنى الملازم لفراغ الذمة عن التكاليف انما يكون لاجل فراغ ذمة المنوب عنه عنها وبالمعنى الاخر لانتعقله ،واعطاء الثواب انما هو باختيار الله تعالى فقد وعد على اعطائه بالمنوب عنه لو اتى النائب بالعمل نيابة عنه .

## الطواف المستأجر عليه لايحتسب عن نفسه

(قوله قده كك لايؤتى على وجه العبادة لنفسه مااستحقه الغير منه بالاجارة الخ)

الظاهر تمامية ما افاده ره بناءاً على منافاة اخذ الاجرة للعبادية ،اذكما ان لازم تلك عدم صحة الاجارة على العبادة كما تقدم كك لازمها عدم وقوع مايؤتى به لاستحقاق الغير بالاجارة ، على وجه العبادة لنفسه لفرض عدم اجتماع الخلوص مع الاتيان بداعى استحقاق الغير بالاجارة (فلايرد عليه) ما اورده السيد الفقيه ره من ان عمدة المنع فى المسألة السابقه انما كان عدم امكان الخلوص فى التعبديات ولزوم كون الاكل بالباطل واللغوية والسفهية فى غيرها وفى المقام لايجرى شيء من الوجهين (واضعف) من ذلك استدلال المحقق التقى لماافاده المصنف ره بان اكل المال بازاء هذا الفرد الواجب اكل له بالباطل ، اذ المدعى ليس عدم استحقاق الاجرة ، بل عدم وقوعه عبادة عن نفسه .

(قوله قده فلو استوجر لاطافة صبى اومغمى عليه فلايجوز الاحتساب الخ)

محصل القول فى هذا الفرع انه ان قلنا بان فى اطافة الصبى غير المميز والمغمى عليه يكون الطائف هو المحمول والحامل ليس الا كالدابة . فحكم هذا الفرع حكم الفرع الاتى وستعرف تنقيح القول فيه (وان قلنا) بان الطواف من فعل الحامل و هو الطائف حقيقة

فقديقال بان المثال داخل في الكبرى الكلية المتقدمة لان هذا الطواف الشخصي وقع مصب الاجارة فلايصح ان يؤتى به على وجه العبادية لنفسه ولعله الى هذا نظر المصنف ره حيث بنى عدم وقوعه عبادة عن نفسه في هذا الفرع على ماذكره في المسألة السابقة ثم عنون الفرع الاتي واستدل له بوجه آخر (ولكن) يرد عليه انه طواف كل شخص هي الحركة القائمة به حول البيت وانما يقال بان الحامل طائف من جهة ان تلك الحركة توجد بفعله ويعتبر في صحته ما يعتبر في طواف نفسه (وعليه) فحيث انه في الاطافة تكون حركتان قائمتان بالحامل والمحمول فلامحالة يكون لهما ايجادان لاتحاد الايجاد والوجود ذاتا فلامانع من كون احدهما مورد الاجارة والاخر مأمورا به بالامر العبادي الايجابي ولايلزم اتحاد مورد الاجارة مع مورد ذلك الامر كي يلزم المحذور المتقدم.

## الاجير لحمل غيره في الطواف

**(قوله قده بل كذلك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف الخ)** اقول في المسألة اقوال (احدها) جواز الاحتساب مطلقا وقد استظهره المصنف ره من الشرايع (الثاني) ماعن المسالك من انه يحتسب لكل من الحامل والمحمول في صورة كون الحامل متبرعا او حاملا بجعالة او كان مستأجرا للحمل في طوافه لنفسه اما لو استؤجر للحمل مطلقا لم يحتسب للحامل (الثالث) ماعن جماعة منهم الاسكافي وهو انه لايجوز الاحتساب عن نفسه فيما اذا استوجر للاطافة بغيره او لحمله في الطواف ولو كان الحمل في طواف نفسه وبه يفترق عما في المسالك (الرابع) ماعن المختلف من انه يجوز الاحتساب عن نفسه لو استؤجر للحمل في الطواف، ولايجوز ذلك لو استؤجر للطواف (واما) ماعن الدروس من انه يحتسب لهما الا ان يستاجره على حمله لافي طوافه فان اريد به استثناء الاستيجار لا في طوافه اى المقيد بعدم حمله في طواف نفسه فهو يرجع الى القول بالجواز مطلقا لان القائل بالجواز كذلك لايقول به في هذه الصورة وان اريد به استثناء الاستيجار على الحمل مطلقا الا على الحمل في طواف نفسه من جواز الاحتساب فهو يرجع الى ماعن المسالك فهو ليس

قولا خامسا على كل تقدير.

و التحقيق هو القول الاول اذ ما يستحقه المستأجر انما هو الحمل فقط فلا ينافي مع طواف نفسه (ودعوى) انه اذا آجره على الحمل في الطواف تكون حركته حول البيت مملوكة للمستأجر فكيف يسوغ له ان يحتسبها من طواف نفسه كما عن المحقق الايرواني (مندفعة) بما تقدم من ان المملوك هي حركة المحمول لا الحامل و ان كانتا متلازمتين (مع) انه قد مر في مبحث اخذ الاجرة على الواجب عدم التنافي بين المملوكية والوجوب (نعم) لو كان نائبا عن الغير في الطواف لم يصح ان يحتسب به عن نفسه اذ الفعل الواحد لا يعقل وقوعه عن شخصين و امتثالا للامرين المتوجهين الى النائب المقتضى كل منهما للاتيان بفرد غير ما يقتضيه الآخر فهو نظير ما لو كان عليه قضاء صلوة ظهر و كان في وقت ظهر اليوم فكما انه لا يجوز ان يأتي بصلوة واحدة امتثالا للامرين القضائي والادائي فكك في المقام بلا تفاوت اصلا (ومما) يدل على ما اخترناه من الجواز في صورة الحمل و الاطافة حسن (١) حفص بن البختري عن الامام الصادق عليه السلام في المرئة تطوف الصبي وتسعى به هل يجزي ذلك عنها وعن الصبي فقال عليه السلام نعم - وحسن (٢) الهيثم التميمي عنه عليه السلام عن رجل كانت معه صاحبة لا تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها في محمل فطاف بها طواف الفريضة بالبيت وبالصفا والمروة ايجزيه ذلك الطواف عن نفسه طوافه بها فقال ايها الله اذا - فانهما يدلان على ان حمل الغير في الطواف واطافة الصبي لا ينافيان مع قصد الحامل و المطوف الطواف عن نفسه لكون كل منهما مما لا مساس له بالآخر فكك اذا وقع الحمل او الاطافة مصب الاجارة (مع) ان مقتضى اطلاقهما الجواز في فرض الاجارة وقد عرفت ان هذا هو مقتضى القاعدة ايضا والله العالم.

## اخذ الاجرة على الاذان

**(قوله قده ثم انه قد ظهر مما ذكرناه من عدم جواز الاستيجار على المستحب الخ)**

١ - ٢ - الوسائل - باب ٥٠ من ابواب الطواف حديث ٣ - ٤

اقول حيث عرفت انه يجوز اخذ الاجرة على الواجب و المستحب من غير فرق بين التعبديات و التوصليات فلا مورد للاستدلال بالقاعدة التى اشار اليها على عدم جواز اخذ الاجرة على الاذان (ولكن) يدل على عدم الجواز النصوص الخاصة كصحيح ( ١ ) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام لا تصل خلف من يبغى على الاذان و الصلوة بالناس اجرا و لا نقبل شهادته ، فانه يدل على ان الآخذ فاسق لا يجوز الصلوة خلفه ولاتقبل شهادته وحسن(٢) حمران عن الصادق(ع) الوارد فى فساد الدنيا و اضمحلال الدين ، و رأيت الا ذان بالاجر و الصلوة بالاجر ، ويؤيده خبر(٣) زيد بن على المذكور فى المتن ، الذى هو ضعيف السند لحسين بن علوان وغيره وخبر(٤) السكونى قال النبى صلى الله عليه وآله لعلى عليه السلام و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على اذانه اجرا (ثم ان) مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين الا ذان للصلاة ، و الاذان الاعلامى ان ثبت مشروعيته اى كونه غير اذان الصلاة و من غير فرق بين اعتبار قصد القربة فى الاذان الاعلامى ، وعدمه ، ومن غير فرق بين كون الاذان مما ينتفع به و ان لم يتقرب به وعدمه و بذلك يظهر مافى ترديد المصنف ره فى الحكم بعدم الجواز فى الأذان الاعلامى، و اضعف منه افتاء جمع بالكراهة .

(قوله قده ولو اتضحت دلالة الروايات الخ) اما عدم ظهور الا ولى ـ فلعدم الملازمة بين المبغوضية و كونه فاعلا للمحرم ، لا مكان كون بعض مراتب المبغوضية على ارتكاب المكروه ، و يؤيده اقترانه باخذ الاجرة على تعليم القرآن الذى دلت النصوص على جوازه ، واما عدم ظهور الثانية ، فلانه لاريب فى ان المراد باضمحلال الدين تعطيل احكامه و عليه فيمكن ان يكون المراد به فى الخبر شيوع

١ ـ الوسائل ـ باب ٣٢ ـ من ابواب الشهادات ـ حديث ٦

٢ ـ الوسائل ـ باب ٤١ ـ من ابواب الامر والنهى من كتاب الامر بالمعروف حديث ٦

٣ ـ الوسائل ـ باب ٣٠ ـ من ابواب مايكتسب به حديث ١

٤ ـ الوسائل ـ باب ٣٨ من ابواب الا ذان والاقامة حديث ١

ارتكاب المكروه و هو اخذ الا جر للاذان لا ارتكاب المحرم ، و لكن الا نصاف انهذاخلاف ظاهر الحسن مضافاالى ماتقدم من ان الصحيح كالنص فى عدم الجواز فاذاً لاترديد فى الحكم .

## اخذ الاجرة على الامامة

**(قوله قده ومن هنا يظهر وجه ماذكروه فى هذا المقام من حرمة اخذ الاجرة على الامامة الخ )** اقول مضافا الى ماعرفت من ان مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على الواجب والعبادة ؛ انه بناءاً على عدم جواز اخذها عليهما يجوز اخذ الاجرة على الامامة على القاعدة اذ الامامة لايعتبر فى تحققها قصد الامام لها فضلا عن اعتبار قصد القربة ،ولذا لوصلى واقتدى به جماعة من غير ان يلتفت هو بذلك صحت الجماعة (وعليه) فلواخذ الاجرة على الخصوصية لاعلى اصل الصلوة صحت الصلوة وتحققت الامامة فاخذ الاجرة على الامامة لامانع منه حتى على هذا المسلك (نعم) يدل على عدم جوازه صحيح محمد بن مسلم المتقدم بل وكك حسن حمران بناءاً على دلالته على عدم الجواز وارادة الصلوة بالناس ، من قوله والصلوة بالاجر اما المبنى الاول فقد مر مافيه ، واما الثانى فالانصاف عدم ظهوره فى ذلك وعلى ذلك فالعمدة هو الصحيح .

## اخذ الاجرة على الشهادة

**(قوله قده ثم ان من الواجبات التى يحرم اخذ الاجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة بناءاً على وجوبه الخ)** اقول المشهور بين الاصحاب لزوم تحمل الشهادة وادائها (ويشهد له) من الكتاب قوله تعالى (١) ولايأب الشهداء اذا مادعوا» المفسر فى الصحيح بالدعاء للتحمل وقوله تعالى (٢) ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه »ومن السنة نصوص كثيرة وقد عقدلها فى الوسائل باباً ، وذكر فيها جملة

---

١-٢- سورة البقرة - الاية ٢٨٣-٢٨٤

منها ـ اما اخذ الاجرة عليهما فقد استدل لعدم جوازه (تارة) بانه لا يجوز اخذ الاجرة على الواجب (واخرى) بان المستفاد من الادلة ، ان تحمل الشهادة واداءها حقان ثابتان للمشهود له على الشاهد ـ فالموجود في الخارج من الشاهد حق للمشهود له لايقابل بالمال للزوم مقابلة حق الشخص بشيء من ماله فيرجع الى اكل المال بالباطل وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم مستوفى من جواز اخذ الاجرة على الواجب (واما الثاني) فلان المستفاد من الادلة انما هو حكم شرعي على نهج ساير الاحكام الشرعية غاية الامر كونه ايجابا للغير ، والفرق بينه ، وبين جعل العمل للغير في غاية الوضوح (مع) انه لو ثبت كونهما حقين انه اذا كان اعتبار الاستحقاق بنحو المجانية لم يجز اخذ الاجرة عليهما ، واما اذا لم يكن كك فالاظهر جوازه كما تقدم في اخذ الاجرة على الواجب الكفائي ، و عليه ، فحيث لم يثبت ذلك في المقام فالاظهر جواز اخذ الاجرة (نعم) لو امتنع المشهود له عن اداء الاجرة ، فان كان ذلك بعد عقد الاجارة وجب على الشاهد التحمل والاداء بالعوض المسمى ، وان كان قبله وجبا مجانا.

**(قوله قده نعم لو احتاج الى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه الخ)**

اقول ان قلنا بان المستفاد من الادلة حرمة الاباء و الكتمان للشهادة ـ فعدم وجوب بذل المال واضح اذ لا يتوقف امتثال هذا التكليف على الحضور اينما استحضروه بل هو يمتثل بعدم الاباء والامتناع لو احضرت الواقعة عنده ، وان قلنا بان التحمل و الاداء واجبان ، فهما و ان كانا واجبين مطلقين و مقدمة الواجب المطلق واجبة الا انه بمقتضى حديث نفي الضرر ، يحكم بعدم وجوبه .

**(قوله قده بقي الكلام في شيء الخ)** اقول قد تقدم الكلام في هذا الفرع في مبحث الرشوة مفصلا ،وعرفت ان الارتزاق من بيت المال المعد لمصالح المسلمين جائز لمن قام بالوظائف التي يعود نفعها الى المسلمين وان لم يجز اخذ الاجرة عليها لان الارتزاق غير اخذ الاجرة ، وعرفت ان الاظهر ما هو المشهور بين الاصحاب من جواز الارتزاق حتى مع عدم الحاجة فتقييد المصنف ره له في المقام بالحاجة غير

تام (مع) انه قد مر من المصنف ره جواز اعطاء الامام من خراج الاراضی للقاضی وان لم یکن محتاجا ان رأی مصلحة فی ذلك (نعم) ، ما كان من الحقوق مختصا بالفقراء كالكفارات والاوقاف المختصة بهم لا یجوز اعطائه بغیر المحتاج فتدبر .

## حرمة بیع المصحف

**(قوله قده الاولی صرح جماعة .. بحرمة بیع المصحف والمراد به الخ)**

اقول قبل التعرض لحكم المسألة لابد من تقدیم امرین (الاول) ان المصحف عبارة عن الاوراق المتضمنة للخطوط علی حد سایر الكتب دون خصوص الخط كما عن الدروس وارتضاه المصنف ره والشاهد علی ذلك هو الفهم العرفی - الاترى ان احداً لایحتمل ان یكون المراد بالجواهر عند اطلاقها خصوص الخطوط المنقوشة فی ذلك الكتاب (و بالجملة) لااظن الترديد فی ذلك بحسب المتفاهم العرفی ( الثانی ) ان الخطوط المنقوشة سواء كانت من قبیل الجواهر كالخطوط المنقوشة بالحبر - او كانت من قبیل الاعراض او هیئات الاموال ، انما تقابل بالمال لانها یرغب الیها و یبذل بازائها العوض بل ربما تكون عمدة النظر الیها ولا نظر الی الاوراق اصلا - كما انه ربما یكون كل منهما منظوراً الیها ویجعل العوض بازائهما معا (وبالجملة) لایعتبر فی صدق مفهوم البیع كون المبیع من الجواهر مضافا الی ماتقدم من انهار بما تكون من قبیل الجواهر وعلیه ( فما اورده ) الاستاذ الاعظم علی المصنف بان الخط بما هو خط غیر قابل للبیع ( غیر وارد ) اذا عرفت هذین الامرین .

فاعلم ان النصوص الواردة فی المقام علی طائفتین (الاولی ) مادل علی المنع وهی قسمان ( الاول) مایكون ظاهرا فی المنع عن بیع الاوراق المشتملة علی الخطوط المقیدة بها التی علیها یحمل المصحف عند اطلاقه كخبر (١) سماعة عن الصادق (ع) لاتبیعوا المصاحف فان بیعها حرام قلت فما تقول فی شرائها قال اشتر منه الدفتین والحدید والغلاف و

---

١- الوسائل - الباب ٣١ - من ابواب مایكتسب به حدیث ١١

ایـاك ان تشتری منه الورق و فیه القرآن مکتوب فیکون علیك حراما و علی من باعـه حراما ، والظاهر من قوله و ایاك ان تشتری منه الورق وفیه القرآن مکتوب ، بیع الورق المقید بـالخطوط المنقوشة فینطبق عـلی ما فی صدره مـن النهی عن بیع المصاحف ( و لکن ) الخبر ضعیف السند ، لان فی طریقه الحسن بن علی ابن ابی حمزة الذی هو ضعیف (والغریب) تعبیر المصنف ره عن هذا الخبر بالموثق و خبر (١) عبدالرحمن بن سلیمان ، فی الوسائل عبدالرحمن بن سیابة ، وتبعه المصنف عن الصادق ﷺ ان المصاحف لن یشتری فاذا اشتریت فقل انما اشتری منك الورق و مافیه من الادیم و حلیته ومافیه من عمل یدك بکذا و کذا وهذا الخبر مجهول لعبدالرحمن وخبر (٢) جراح المدائنی عن الصادق ﷺ فی بیع المصاحف قال لاتبع الکتاب و لاتشتره وبع الادیم والورق والحدید وهذا الخبر ایضا ضعـیف ، لقاسم بن سلیمـان و جراح (القسم الثانی) مایکون ظاهرا فی المنع عن بیع الخطوط المنقوشة کموثق(٣) سماعة عن الصادق ﷺ عن بیع المصاحف و شرائها ، فقال لاتشتر کتاب الله عزوجل ولکن اشتر الحدید والورق والدفتین وقل اشتری منك هذا بکذا و کذا و ظاهره حرمة جعل الخطوط مبیعا سواء جعلت کك مستقلة اوفی ضمن بیع المجموع (ورواه) الشیخ فی محکی التهذیب :وفیه لاتشتر کلام الله الخ (ثم انه) قدیتوهم التنافی بین الاخبار الثلاثة الاخیرة و الخبر الاول ، بدعوی انها تدل علی جواز بیع الورق والخبر الاول یدل علی عدم جوازه( وقد دفع) التنافی صاحب الجواهر ره بحمل الاخبار المجوزة علی ارادة شراء الورق قبل ان یکتب بها علی ان یکتبها فیکون العقد فی الحقیقة متضمنا لمورد البیع ومورد الاجارة بقرینة قوله ﷺ وماعملته یدك بکذا ضرورة عدم صلاحیة العمل لکونه موردا للبیع فلابد من تنزیله علی الاجارة (وفیه) ان قوله وماعملته الخ الظاهر ان المراد به هو مثل التصحیف و خیاطة الکراریس لا الکتابة وایضا الظاهر ان المراد

١-٢-٣- الوسائل - باب ٣١ - من ابواب مایکتسب به حدیث ١-٧-٢

به هو الاثر الحاصل من هذه الاعمال لانفس الفعل والا فلا وجه لجعل العمل بعد وقوعه مورداً للاجارة فالمتعين فى دفع المنافات ان يقال ان المراد من الخبر الاول الـورق المشتمل على الخطوط كما تقدم و من الاخبار المجوزة الورق المجرد.

الطائفة الثانية ما دل على الجواز كصحيح (١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام عـن بيع المصاحف و شرائها فقال عليه السلام انما كان يوضع عند القامة و المنبر الى ان قال اشتريه احب الى من ان ابيعه و نحوه خبر (٢) روح بن عبد الرحيم و خبر (٣) عنبسة الوراق المهمل المجهول، عن الصادق عليه السلام قال فقلت له انا رجل ابيع المـصاحف فان نهيتنى لم ابعها فقال الست تشترى ورقا و تكتب فيه قلت بلى و اعالجها قال لا بأس به (وقد جمع) المصنف ره بين الطائفتين بحمل الاخبار المانعة على المنع عن بيع الخط والاخبار المجوزة على جواز بيع ما عدى الخط لعدم التعرض فيها للكيفية ـ بدعوى ـ ان نصوص الجواز واردة فى مقام بيان ان الناس قصرت هممهم عن تحصيل المصاحف الا بالمال و اما ان كيفية شرائها وانه هل كانت المعاملة على ما عدى الكتابة او معها فهى غير متعرضة لذلك ففى ذلك يرجع الى النصوص المانعة (وفيه) ان مورد نصوص الجواز بيع المصاحف و المصحف ان كان عبارة عن خصوص الخط كما عليه بنائه قده تبعا للدروس فهى صريحة فى جواز بيع ما تضمنت نصوص المنع المنع عن بيعه و ان كان عبارة عن الاوراق المشتملة على الخطوط فحيث ان الكتابة مقومة لمصحفية المصحف لعدم صدق المصحف على ما عدى الكتابة بالبداهة فهى كالصريحة فى جواز ايقاع المعاملة على ما يشمل الكتابة فعلى كل تقدير هذا حمل تبرعى لا شاهد له (واضعف منه) ما ذكره بعض مشايخنا المحققين وهو حمل المانعة على المنع عن ايقاع المعاملة على القرآن و كلام الله اى جعل هذا عنوانا للمبيع و حمل نصوص الجواز على ارادة بيع ما ينطبق عليه القرآن من دون ان يقصد فى البيع هذا العنوان المنطبق عليه فيكون محصل الكلام عبر بالجلد و الحديد و اثر عمل الله ولا تعبر بالقرآن و المصحف

---

١-٢- الوسائل- باب ٣١ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٨-٥

(فالصحيح) في مقام الجمع حمل نصوص المنع على الكراهة لصراحة قوله عليه السلام في صحيح ابي بصير اشتريه احب الي من ان ابيعه في الجواز ( ثم انه ) على فرض ابقاء ظهور الاخبار المانعة على حاله لايستفاد منها الا الحرمة التكليفية وهي لاتلازم الفساد كما تقدم في اول الكتاب مفصلا .

ثم ان متعلق الحكم كراهة او حرمة تكليفية ام وضعية ، هو البيع واستفادة ثبوت هذا الحكم لجميع انحاء النقل والانتقال متوقفة على فهم المناط ، او ثبوت ان الخطوط لاتكون كساير الاموال ولاتكون مملوكة لاحد ، و هما كماترى لاسيما الاخير كيف وقد دلت الروايات على ان المصحف من الحبوة ويكون مختصا بالولد الاكبر ومع عدمه ينتقل الى ساير الورثة (فما) افاده المحقق الايرواني ره من انه يمكن جعل الاخبار المانعة اشارة الى عدم قبول المصحف للنقل ولو بالاسباب غير الاختيارية كالارث (ضعيف) - ثم ان النصوص المانعة لا تشمل مبادلة المصحف بالمصحف اذ الظاهر منها ان النهي عن بيعه انما هو لاجل تعظيم القرآن وانه اجل من ان يجعل بازائه ثمن بخس ، و هذا المحذور لايترتب على المبادلة المزبورة ( ثم ان ) مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على كتابة القرآن لكونها عملا محترما ، ولم يثبت التلازم في الحكم بين اخذ الاجرة على الكتابة والبيع (مع) انه يدل على جوازه جملة من النصوص كصحيح (١) علي ابن جعفر قال وسألته عن الرجل هل يصلح له ان يكتب المصحف بالاجر قال لابأس ونحوه غيره .

## المراد من حرمة بيع المصحف

(قوله قده بقي الكلام في المراد من حرمة البيع والشراء الخ) محصل ماذكره ره انه لاريب في ان الكاتب للمصحف في الاوراق المملوكة له ، مالك للاوراق مع ما فيها من الخطوط والنقوش وعلى ذلك ، فاما ان تكون النقوش من الاعيان المملوكة

١- الوسائل - باب ٣١ - من ابواب مايكتسب به - حديث ١٣

اولا وعلى الثانى فلاحاجة الى النهى عن بيع الخط فانه لايقع بازائه جزء من الثمن حتى يقع فى حيز البيع ، وعلى الاول ، فاما ان يبقى الخط فى ملك البايع او ينتقل الى المشترى ، فان بقى فى ملك البايع لزم كون المصحف مشتركا بين البايع و المشترى و هو بديهى البطلان و مخالف للاتفاق ، و ان انتقل الى المشترى فى مقابل جزء من الثمن فهو البيع المنهى عنه ، و ان انتقل اليه تبعا لغيره - فهو خلاف مقصود المتبايعين لفرض بنائهما على ايقاع المعاوضة على غير الخط و يعتبر فى مايدخل فى الملك تبعاً لغيره عدم بناء المتعاملين على عدم الدخول كما لايخفى مع ان هذا مجرد تكليف صورى ، وبهذا البيان يظهر ان الالتزام بكون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه على نحو دخول التقيد و خروج القيد لايفيد - هذا محصل كلامه - و به يندفع بعض ما اورد عليه الناشى عن عدم التأمل فى ما افاده قده .

والتحقيق ان يقال - ان فى المقام احتمالا آخر ، ويدور الامر بين الالتزام به و بين الالتزام بالاحتمال الثالث ، ففى الحقيقة يدور الامر لمن اراد الفرار من ايقاع المعاملة المرجوحة ، بين احتمالين (الاول) ان يكون المبيع هو الجلد والورق والغلاف والحديد مشروطا بان يملك البايع الخطوط و النقوش مجانا ولايعتبر التصريح بذلك لقيام القرينة القطعية على ان عليه بناء المتعاملين فى العقد اذ من المعلوم ان غرض المشترى هو تملك المصحف (الثانى) ان يكون المبيع بالاصالة هو ماعدى الخط ، وانما ينتقل الخطوط الى المشترى تبعا وقهرا بحكم من الشارع الاقدس (فان قلت) لازم كل من الاحتمالين عدم ثبوت الخيار لو ظهر عيب فى الخطوط - والظاهر انه خلاف الاتفاق (قلت) انه يمكن ان يكون وجه ثبوت الخيار ح هو تخلف الشرط المبنى عليه العقد وهى صحة الخطوط فيكون الثابت ح خيار تخلف الشرط .

# بيع المصحف من الكافر

**(قوله قده ثم ان المشهور بين العلامة ره ومن تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر الخ)** اقول قد استدل على عدم جواز بيعه من الكافر - على تقدير القول بجواز بيعه من المسلم ، بوجوه غير مختصة بالبيع بل هي على فرض الدلالة جملة منها تدل على عدم تملك الكافر للمصحف ، وبعضها يدل على عدم جواز تمليكه اياه ، فهيهنا قسمان من الوجوه ( الاول ) ما استدل به على عدم تملك الكافر للمصحف - وهو امران .

احدهما النبوى(١) المعروف-الاسلام يعلو و لا يعلى عليه-بدعوى ان ملك الكافر للمصحف المتضمن لجميع المعارف الاسلامية علو للكافر على الاسلام (وفيه اولا) ان النبوى ضعيف السند غير منجبر بشيء (وثانيا) ان المصحف لايكون متضمنا للمعارف الاسلامية بل هو متضمن لنقوش وخطوط كاشفة عن تلك المعارف والاستعلاء على الخطوط ليس استعلاءاً على الاسلام ومعارفه (وثالثا) ما ذكره السيد الفقيه ، بقوله ، ان هذا الخبر يحتمل معان خمسة ( احدها ) بيان كون الاسلام اشرف المذاهب وهو خلاف الظاهر جدا (الثانى) بيان انه يعلو من حيث الحجة والبرهان (الثالث) انه يعلو بمعنى يغلب على ساير الاديان (الرابع) انه لا ينسخ (الخامس) ما اراده الفقهاء من ارادة بيان الحكم الشرعى الجعلى بعدم علو غيره عليه واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال (اقول) بل الظاهر منه غير الاخير اذ ارادة الانشاء من مثل هذه الجملة الخبرية خلاف الظاهر فتدبر ،

ثانيهما فحوى مادل (٢) على عدم تملك الكافر للمسلم ، اذ العبد ان لم يتملكه الكافر بمجرد اتصافه بالايمان فالقرآن الذى هو حقيقة الاحكام الشرعية والمعارف

---

١ - الوسائل - باب ١ من ابواب موانع الارث - حديث ١١

٢ - الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب عقد البيع وشروطه

الالهية اولى بعدم التملك (وفيه اولا) انه لادليل على عدم تملكه اياه بل مقتضى مادل على انه يجبر على البيع وانه يجب عليه ذلك هو تملكه له (و ثانيا) ان فى تملك الكافر للمسلم وتسلطه عليه ذلاعليه واهانة بخلاف تملك المصحف فانه ليس فى ذلك ذل ، (وثالثا) ان الاولوية ممنوعة لما تقدم آنفا من ان المصحف انما هو خطوط و نقوش كاشفة عن تلك الاحكام والمعارف و افضليتها من المؤمن ممنوعة الاترى انه لودار الامر بين اتلافه و قتل النفس المحترمة لاريب فى تقديمه عليه (واما) القسم الثانى ، فهو امران (الاول) ان تمليك المصحف للكافر هتك له وهو حرام (وفيه) ان مجرد تمليكه اياه لايكون هتكا مطلقا (نعم) ربما يوجب تسليط له هتكا كما انه ربما يلازم تسليط المسلم عليه هتكا ، وبعبارة اخرى النسبة بين تسليطه الكافر على المصحف وبين هتكه عموم من وجه (مع) ان ذلك من صغريات الاعانة على الاثم اذ اعطاء المصحف له لايكون هتكا ، بل هو اعانة عليه كما لايخفى وقد تقدم فى مسألة بيع العنب ممن يجعله خمرا انه لادليل على حرمة الاعانة على الاثم (مع) ان هذا الوجه لو تم لدل على الحرمة وهى لاتستلزم الفساد (الثانى) ان تمليكه للكافر يستلزم تنجيسه للعلم العادى بان الكافر يمسه مع الرطوبة (وفيه اولا) انه لاعلم بالملازمة بل الظاهر ان النسبة بين العنوانين عموم من وجه (و ثانيا) انه لوسلمت الملازمة فانما هى بين الاعطاء الخارجى والتنجيس لابين التمليك والتنجيس (و ثالثا) ان هذا ايضا من صغريات الاعانة على الاثم (ورابعا) ان الحرمة لا تستلزم الفساد (فتحصل) ان الاقوى تملك الكافر للمصحف وجواز بيعه له ، على القول بجواز بيعه من المسلم.

## حكم بيع ابعاض المصحف

**(قوله قده و الظاهر ان ابعاض المصحف فى حكم الكل الخ)**

اقول يقع الكلام فى موردين ، الاول فى بيع الابعاض للمسلم على القول بعدم جواز بيعه له الثانى فى تمليكها للكافر (اما المورد الاول) فان كانت الابعاض مستقلة

لايجوز بيعها ، لان القرآن و كلام الله و كتاب الله ، تصدق على الكل وعلى البعض (مع) انه من الضروری عدم دخل ضم بعض القرآن الى بعض فـی هذا الحكم (مضافا) الى ان قوله ﷺ فی خبر سماعة المتقدم ، واياك ان تشتری الورق وفيه القرآن شامل لای ورق كتب فيه القرآن بلا ريب (وان كانت) متفرقة فی تضاعيف الكتب للاستشهاد والاستدلال ككتب الفقه وغيرها فلاشبهة فی جواز البيع لقيام السيرة القطعية على ذلك (واما المورد الثانی) فالظاهر انه لافرق بين القرآن وابعاضه وفی ابعاضه بين المستقلة و المتفرقة فی الكتب (واستدل) المصنف ره للجواز فی الابعاض المتفرقة ، بعدم تحقق الاهانة (وفيه اولا ) ان الدليل للمنع لم يكن منحصرا بحرمة الاهانة ، بل المصنف ره لم يستدل بذلك (وثانيا) انه اذا تحققت الاهانة لم يكن فرق بين المستقلة وغير المستقلة .

(قوله قده دون المقر بالله المحترم الخ ) (وفيه) اولا ان المدرك للمنع لو كان هو عدم جواز العلو لم يكن فرق بين فرق الكفار ، وثانيا ، ان الاقرار بالله لايلازم احترامه لجميع اسمائه تعالى كما لايخفى .

(قوله قده لانه اعظم من كلامه الخ) اقول لم يقيموا دليلا على الاعظمية سوى انه لايجوز للمحدث مس اسمه ويجوز له مس كلامه، ولكنه غير تام ، اذ لو تم ذلك لما كـان يثبت به الاعظمية الاترى انه يجوز مس المحدث لبدنه مع انه اعظم من اسمه بلا كلام فتدبر .

## جوائز السلطان ـ الصورة الاولى

(قوله قده جوائز السلطان و عماله بل مطلق المال المأخوذ الخ) اقول محل البحث انما هو كل مال اخذ من ای شخص لايتورع ولايجتنب عن الحرام والتخصيص بجوائز السلطان وعماله انما هو لاجل الغلبة (ثم ان) المال المأخوذ من الجائر مجانا او بعنوان المعاملة لا يخلو عن احوال ، اذ الآخذ ربما لا يعلم بوجود مال حرام فی اموال الجائر اويعلم بوجوده ولكن يعلم بعدم كون المأخوذ من تلك الاموال ؛ و

ربما يعلم بوجوده فيها و على الثانى ، فاما ان لايعلم بوجود مال حرام فى المأخوذ او يعلم بذلك ، و على الاخير ، تارة يعلم بوجود الحرام فيه تفصيلا واخرى يعلم به اجمالا فالصور اربع .

الصورة الاولى ان يأخذ المال من الجائر مع عدم علمه بوجود حرام فى امواله يصلح ان يكون المأخوذ من ذلك ، لااشكال فى جواز الاخذ فى هذه الصورة وذلك لوجوه (الاول) عموم قاعدة اليد، التى هى من القواعد التى عليها بناء العقلاء و عمل المتدينين و تدل عليها جملة من النصوص و هى امارة لملكية ما تحت يد كل شخص له ، كما اشبعنا الكلام فى ذلك فى رسالة القواعد الثلاث (الثانى) اصالة الصحة الجارية فى اعطاء الجائر مجانا او مع العوض ـ و اورد عليها بايرادين (احدهما) ما افاده الاستاذ الاعظم ، و هو ان مدرك هذا الاصل انما هو السيرة وهى من الادلة اللبية فلابد من الاخذ بالمتيقن، وهو نفس العقود و الايقاعات مع احراز اهلية المتصرف للتصرف فلايكون المقام مجرى لها اذا لشك فى المقام فى اهلية الجائر للاعطاء ، (وفيه) ما حققناه فى الرسالة المشار اليها ، من ان اصالة الصحة تجرى فى موارد الشك من ناحية شرائط العوضين والمتعاقدين ايضاً كما تجرى فى موارد الشك فى صحة العقد من جهة الشك فى شرائط العقد لقيام السيرة على ذلك (ثانيهما) ما افاده بعض مشايخنا المحققين ره وهو ان اصالة الصحة لاتنفع فى جواز القبض فيما كان القبض جزء الناقل كالهبة فان جوازه فيها ليس مترتبا على صحة العقد مع ان صحة العقد تتوقف على جوازه (وفيه) ان الشك فى جواز القبض لايعتنى به لجريان اصالة الصحة فى نفس الاعطاء الخارجى ولا يدفع هذا الاحتمال باجراء اصالة الصحة فى العقد كى يرد المحذور المذكور فتدبر .

الثالث الروايات الخاصة الواردة فى المقام كصحيح(١) ابى ولاد قال قلت لابى عبدالله عليه السلام ماترى فى رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الا من اعمالهم و انا

---

١ـ الوسائل ـ باب ٥١ ـ من ابواب مايكتسب به حديث ـ ١

امر به فانزل عليه فيضيفني ويحسن الي وربما امرلي بالدراهم والكسوة وقدضاق صدرى من ذلك فقال لي كل وخذمنه فلك المهنا وعليه الوزر ـ وصحيح(۱) ابى المعزا قال سأل رجل اباعبدالله عليه السلام وانا عنده فقال اصلحك الله امر بالعامل فيجيزني بالدراهم آخذها قال عليه السلام نعم قلت واحج بها قال عليه السلام نعم ونحوهما غيرهما وهذه النصوص اما مختصة بهذه الصورة او تدل على حكمها بالاطلاق او بالاولوية كما سيأتي (ثم ان) المصنف ره استدل على جواز الاخذ في هذه الصورة بوجهين آخرين (احدهما) الاجماع (وفيه) ان مدرك المجمعين معلوم فليس هو اجماعاً تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (ثانيهما) الاصل ، اقول ان اريد به قاعدة اليد ، او اصالة الصحة ، فالاستدلال به متين ، و ان اريد به اصالة الاباحة ؛ فيرد عليه ان هذا الاصل محكوم لاصالة عدم انتقال ذلك المال الخاص الى الجائر من مالكه السابق و عدم صيرورة الجائر مالكاله( ثم ان ) المصنف ره احتمل انه لايجوز الاخذ من الجائر الامع العلم باشتمال امواله على مال حلال و استدل له بخبر (۲) الحميرى عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلا لمافي يده و لايتورع عن اخذ ماله ربما نزلت في قريته وهو فيها اوادخل منزله وقد حضر طعامه فيدعوني اليه فان لم آكل طعامه عاداني عليه فهل يجوز لي ان آكل من طعامه و اتصدق بصدقة و كم مقدار الصدقة الى ان قال الجواب ، ان كان لهذا الرجل مال او معاش غير مافي يده فكل طعامه واقبل بره و الافلا (و اورد) عليه السيد الفقيه وتبعه الاستاذ الاعظم بان مورد كلامنا هي الصورة الاولى وهي ما اذا لم يعلم باشتمال اموال الجائر على مال محرم و مفروض الرواية عكس ذلك و ثبوت مال محرم فيها لان مال الوقف الذى في يده مال محرم ويحتمل ان يكون ما اخذه السائل منه ( اقول ) يمكن ان يقال ان نظر المصنف ره الى ان الرواية شاملة للمورد من جهة انه يمكن في مورد

۱ـ الوسائل ـ باب ۵۱ ـ من ابواب مايكتسب به حديث ـ۲ـ
۲ـ الوسائل ـ باب ۵۱ـ من ابواب مايكتسب به ـ حديث ۱۵

الرواية ان يكون مال الوقف معينا علم السائل بصرفه فى غير محله ولا يحتمل ان يكون ما اعطى له منه ولكن احتمل ان يكون من حرام آخر لعدم تورعه عن الحرام فمن عدم الاستفصال يستكشف ثبوت الحكم فى هذه الصورة ايضا، هذا غاية مايمكن ان يقال فى توجيه كلامه ولكن فى النفس من ذلك شيئا (فالصحيح) ان يورد عليه بضعف سند الرواية لارسالها .

## الصورة الثانية

(قوله قده اما الثانية فان كانت الشبهة غير محصورة فحكمها كالصورة الاولى الخ ) اقول الصورة الثانية هى مالو علم باشتمال اموال الجائر على الحرام ويحتمل كون المأخوذ من ذلك الحرام و قد افاد المصنف ره ان لهذه الصورة موردين (الاول ) كون الشبهة فيها غير محصورة او كون احد الاطراف خارجا عن محل الابتلاء (الثانى ) كون الشبهة محصورة و كون جميع الاطراف داخلة فى محل الابتلاء (وقال) انه فى المورد الاول يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى اذ العلم الاجمالى انما يوجب التنجز اذا كان التكليف المعلوم فعليا على كل تقدير والا فوجود هذا العلم كعدمه فلو كان بعض الاطراف خارجا عن محل الابتلاء حيث ان التكليف لو كان فى ذلك الطرف لايكون فعليا منجزا بل يكون الحكم معلقا على التمكن فلايكون هذا العلم الاجمالى منجزا (اقول) انه قد حققنا فى حاشيتنا على الكفاية ان الدخول فى محل الابتلاء لايكون من شرائط صحة التكليف و بعبارة اخرى اذا فرضنا الشيء مقدورا عقلا يصح التكليف به ولو كان خارجا عن محل الابتلاء (وعليه) فالعلم الاجمالى بوجود التكليف فى احد الاطراف التى يكون بعضها خارجا عن محل الابتلاء يكون منجزا كما انه حققنا ان كون الشبهة غير محصورة لايوجب عدم تنجيز العلم الاجمالى نعم اذا كان بعض الاطراف غير مقدور بالقدرة العقلية لايكون العلم الاجمالى منجزاً ، و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محله .

ولكن لاباس بالتنبيه على امر وهو ان الشيخ الاعظم قده في فرائده بعدما اختار عدم تنجيز العلم الاجمالي اذا كان بعض الاطراف خارجا عن محل الابتلاء عنون مسألة اخرى (وهي) انه اذا شك في كون احد الاطراف داخلا في محل الابتلاء او خارجا عنه هل يكون العلم الاجمالي منجزا ام لا و اختار فيها التنجيز (واستدل) له بان مقتضى الاطلاقات هو ثبوت التكليف لو كان في ذلك الطرف ولايعتني باحتمال خروجه عن محل الابتلاء ( و عليه) فالعلم الاجمالي المزبور يكون منجزا (واورد عليه) السيد الفقيه في حاشيته في المقام بان الا بتلاء لو كان شرطا فانما يكون بالنسبة الى التنجز لا الى اصل التكليف فهو شرط عقلي في مرتبة متاخرة عن مرتبة المطلق فلا يكون الاطلاق وافيا بدفع الشك الراجع الى حكم العقل فهو نظير الشك في شرائط طريق الامتثال ( اقول ) ان ماافاده المصنف ره وان لم يكن تاما لكونه تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية و هو لا يجوز ، الا ان هذا الايراد لايرد عليه اذ لايعقل كونه شرطا لتنجز التكليف ، وذلك لان المراد من عدم تنجز التكليف ان كان انه في صورة الترك وعدم الفعل في الشبهات التحريمية لايعاقب عليه ، فهو في جميع المحرمات الداخلة في محل الابتلاء كذلك وان كان المراد ان التكليف يكون بنحو لو خولف لايعاقب عليه فهذا مما لايمكن الالتزام به اذ فرض ذلك فرض الابتلاء فتدبر فانه دقيق ، فعلى فرض كونه شرطا فانما هو شرط لفعلية التكليف و عليه فيصح التمسك بالاطلاق مع قطع النظر عما ذكرناه ، و كيف كان فتحصل ان حكم هذا المورد حكم المورد الثاني وسيجيء تنقيح القول في ذلك فانتظر .

## لايكره اخذ المال من الجائر لو جاز

(قوله قده ثم انه صرح جماعة بكراهة الاخذ الخ) اقول وقد استدل على الكراهة في مورد جواز الاخذ بوجوه (الاول) ما عن المنتهى و هو احتمال ان يكون المأخوذ حراما واقعيا وان جاز الاخذ والتصرف ظاهرا (وفيه) ان هذا الاحتمال موجود

حتى فيما يؤخذ من عدول المؤمنين ولا اختصاص له بما يؤخذ من الجائر (مع) ان هذا لا يصلح مدركا للكراهة الشرعية غاية الامر كونه منشئاً لرجحان التجنب تحفظا على الوقوع في الحرام الواقعي ولا يترتب على هذا الرجحان سوى الفرار من الوقوع في المحرم الواقعي (الثاني) النصوص الدالة على حسن الاحتياط كقوله (١) عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك ، وقوله (٢) عليه السلام الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكة ، ونحو هما غيرهما (اقول) تارة نقول ان هذه الاخبار مختصة بما اذا اشتبه الحكم الظاهري ايضاً بمعنى ان الواقعة غير معلوم الحكم حتى ظاهراً ، فهي اجنبية عن المقام لكون الحكم الظاهري و هو الجواز معلوما لقاعدة اليد ، واخرى نقول بشمولها لما اذا اشتبه حكمها الواقعي و ان كان الحكم الظاهري معلوما فيرد على الاستدلال بها . انه على هذا لا يختص هذا الحكم بما يؤخذ من يد الجائر ، لوجود احتمال الحرمة الواقعية في نوع الاموال حتى المأخوذة من عدول المؤمنين - مع - ان مفاد هذه الاخبار ليس هو الكراهة الشرعية ؛ فانها تدل على الرجحان العقلي الذي لا يترتب عليه سوى عدم الوقوع في المحتمل (الثالث) ان اخذ المال يوجب محبتهم فان القلوب مجبولة على حب من احسن اليها ويترتب عليه من المفاسد ما لا يخفى (وفيه) ان المنهي عنه هو محبتهم فالموضوع ليس هو المال المشتبه بل من هذه الجهة لا فرق بين المشتبه ومعلوم الحلية (الرابع) ما في الصحيح (٣) ان احدكم لا يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله ( و فيه ) انه ليس في مقام انشاء الحكم بل الظاهر منه . كونه ارشادا الى ان ذلك يستلزم محبة بقائهم و هي مرجوحة ، و لا اقل من احتمال ذلك ، مع ، ان هذا لا يختص بالمال المشتبه (الخامس) قول الكاظم عليه السلام في رواية (٤) الفضل والله لولا انني ارى من ازوجه بها من عزاب بني ابي طالب لئلا

١-٢- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب صفات القاضي - حديث ٤٧-٢

٣- الوسائل - باب ٤٢ - من ابواب ما يكتسب به - حديث ٥

٤- الوسائل - باب ٥١ - من ابواب ما يكتسب به - حديث ١١

ينقطع نسله ماقبلتها ابدا، فانه يدل على ان قبول الهدية فى نفسه مرجوح وانما قبلها الامام لمصلحة اهم وهى بقاء نسل ابى طالب (وفيه) ان الظاهر ولا اقل من المحتمل كون منشأ مرجوحية قبولها له عليه السلام انما هو كراهة قبول المنة منهم لا كراهة قبول الهدية شرعا ، ويشهد لذلك انما اخذه عليه السلام من الرشيد ان كان من امواله الشخصية او من بيت المال او من مجهول المالك جازله اخذه من غير كراهة اما على الاول فواضح واما على الاخيرين فلان بيت المال ومجهول المالك للامام عليه السلام وان كان من معروف لم يجز اخذه حتى لاستيفاء هذه المصلحة المهمة فتدبر (فتحصل) انه لا دليل على الكراهة شرعا .

## رافع الكراهة عن جوائز السلطان

**(قوله قده ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بامور منها اخبار المجيز بحليته الخ)**

اقول و ان نسب الى المشهور ارتفاع الكراهة على تقدير ثبوتها باخبار المجيز بحليته وانه من امواله الشخصية بل عن بعضهم نفى الخلاف فيه، ولكن لم يذكروا لذلك مستندا ، سوى مافى المتن بانه يمكن ان يكون المستند مادل على قبول قول ذى اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البينة على تملكه ،و هو فاسد ، فان اخباره بحليته يكون امارة الملكية كما ان يده امارة لها فان كانت الكراهة ثابتة مع اليد من جهة احتمال الحرمة ، كانت ثابتة مع اخباره بها اذ به لا يقطع بالحلية (و عليه) فما استدل به على ثبوت الكراهة يدل على ثبوتها حتى مع الاخبار لو تمت دلالته عليه (و ما ذكره ) المصنف ره من ان الموجب له كون الظالم مظنة الظلم والغصب لا مجرد احتمال ذلك فاذا اخبر المجيز بحلية الجائزة و كان مأمونا فى خبره لا محالة لا يكون مظنة ذلك بل يكون احتمالا مجرد او هو لا يوجب الكراهة (فيه) ان مقتضى الادلة المتقدمة كون الموجب مجرد الاحتمال الموجود مع الاخبار ايضا .

الثانى مما ذكر كونه رافعا للكراهة اخراج الخمس ، و قد استدل لكونه رافعا للكراهة بوجهين ( احدهما ) ما عن العلامة ره و هو ان الخمس يطهر المال المختلط بالحرام يقينا فمحتمل الحرمة اولى بما لتطهر منه ، فان المستفاد من النصوص الواردة فى المقيس عليه صيرورة المال حلالا واقعيا بعد اخراج الخمس و مقتضى جريانه بالاولوية فى المقام الحلية الواقعية فلا يبقى اشتباه حتى تبقى الكراهة (و اورد عليه) المصنف ره بان الحلال المختلط بالحرام المعلوم وجوده المجهول قدره انما يكون طاهرا ذاتا و انما صار قذرا عرضا بواسطة الاختلاط بالحرام فيمكن تطهيره باخراج الخمس فكان الشارع جعل ذلك مصالحة و الخمس بدلا عما فيه من الحرام ، وهذا لايجرى فى مورد يحتمل كون المال بتمامه حراما و قذرا ذاتا فانه لامعنى لتطهيره باخراج خمسه (اقول) يمكن الجواب عن هذا الايراد بان فى المقيس عليه انما يحكم بطهارة المال و ان كان فى الواقع مقدار الحرام ازيد من الخمس فاذا فرضنا صيرورة الحرام الواقعى طاهرا وحلالا واقعا باخراج الخمس لكون ذلك مصالحة فى نظر الشارع فليكن فى المحتمل كك و مجرد احتمال القذارة الذاتية فى مجموع المال لايمنع من ذلك فيكون المقام نظير مالو كان مال مرددا بين شخصين وتصالحا على النصف مثلا فتدبر (مع) انه يمكن تصوير صورة يكون المقام مثل المقيس عليه ، و هى مالو علم بحلية بعض الجائزة و احتمل حرمة الباقى مع الجهل بقدره فاذا ثبت استحباب الخمس فى هذه الصورة وارتفعت الكراهة بذلك ثبت الاستحباب و ارتفعت الكراهة فى غير هذه الصورة ايضا بعدم القول بالفصل .

فالاولى فى مقام الايراد على اصل الاستدلال ، ان يقال ، ان الاولوية ظنية لااعتبار بها اذلعل التخميس حكم العلم بالحرام لاواقع الحرام ، مع ان مقتضى هذا الوجه هو الحكم بوجوب التخميس لااستحبابه لان ذلك لازم اتحاد الملاك فى الموردين (ثانيهما) ان النصوص الدالة على حلية المال المختلط باخراج خمسه مطلقة شاملة

لما اذا احتمل كون جميع المال حراما ، لو لم يكن ذلك هو الغالب من موردها ومع ذلك فاذا اثر التخميس فى حلية البقية كان معناه ان التخميس يرفع كل منقصة فى المال و بعبارة اخرى كان معناه رفع اثر العلم الاجمالى و الشك البدوى ، فاذا كان رافعا لاثر الاحتمال هناك كان رافعا لاثر الاحتمال فى المقام لعدم القول بالفصل و للعلم بعدم دخل اقتران العلم فى رفع اثر الاحتمال ( وفيه ) انه لادليل على رفع اثر الاحتمال و الشك البدوى ، فان غاية مايستفاد من تلك النصوص ارتفاع اثر العلم الاجمالى فاذا فرضنا احتمال الحرمة فى جميع المال و كون اثر ذلك كراهة الاخذ فلا تدل النصوص على رفع هذه الكراهة .

## تذييل

ثم انه قد استدل على استحباب اخراج الخمس فى المقام وان لم يكن رافعا لاثر الكراهة ، بوجوه (احدها) فتوى النهاية التى هى كالرواية بـاستحباب الخمس فى جوائز السلطان ، فان ذلك بضميمة اخبار مـن بلغ يوجب ثبوت الاستحباب (و فيه) ان اخبار من بلغ لاتشمل فتوى الفقيه وفتوى النهاية كالرواية وليست برواية

ثانيها (١) موثق عمار عن الصادق عليه السلام انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ، قال لا الا ان لايقدر على شيء ولايأكل ولايشرب ولايقدر على حيلة ; فان فعل فصار فى يده شيء فليبعث بخمسه الى اهل البيت (وفيه) ان ظهور الامر فى الوجوب بضميمة ما ارتكز فى الاذهان من وجوب الخمس فى ارباح المكاسب ، يوجب ظهور الخبر فى ارادة ثبوت الخمس بعنوان ربح المكسب لا بعنوان المال المشتبه ولااقل من اجماله و احتمال ارادة ذلك (ثالثها) مادل على وجوب الخمس فى الجائزة مطلقا وحيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس فى الجائزة فتحمل تلك الاخبار على الاستحباب (وفيه) ان تلك النصوص حملت على الاستحباب او ابقيت على ظاهرها من الوجوب

١ــ الوسائل، باب ٤٨ ــ من ابواب مايكتسب به ــ حديث٣

تكون دالة على ثبوت الخمس فى الجائزة بعنوان ربح المكسب لابعنوان آخر فيعتبر زيادتها عن مؤونة السنة ومضى الحول وهذا غير ما هو محل الكلام (فتحصل) انه كمالادليل على ارتفاع الكراهة باخراج الخمس لادليل على استحبابه فيها بعنوان المال المشتبه (الثالث) مماذكر كونه رافعاً للكراهة وجود مصلحة فى الجائزة هى اهم فى نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة ، واستدل لذلك المصنف ره باعتذار الكاظم عليه السلام عن قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبيين لئلا ينقطع نسلهم (وفيه) ماعرفت من ان الوجه فى امتناعه عن قبولها انما هو لزوم المنة والمهانة لاالكراهة (مع) ان هذه الكبرى الكلية لو تمت لم تفد شيئا اذ الشأن انما هو فى تشخيص الصغرى وهو مشكل فتدبر .

(قوله قده ويمكن ان يكون اعتذاره (ع) اشارة الخ) محصل مراده انه يمكن ان يكون اخذه (ع) للمال من الجائر بعنوان انه مجهول المالك وصرفه فى مصارفه ،وعليه، فهو اجنبى عن المقام ، ويحتمل ان يكون ، مراده ان اعتذاره يدل على رفع الكراهة بصرف المال فى مصارف المظالم ، فيكون هذا بخصوصه رافعا للكراهة ولادلالة فيه على كون مطلق المصلحة رافعا لها (اقول) اياً منهما كان مراده يرد عليه ـ انه خلاف الظاهر ، اذ الظاهر ، من التعليل بعدم انقطاع النسل ـ و تزويج عزاب آل ابى طالب ، ان المصلحة الموجبة للقبول هى ذلك لاكون آل ابى طالب مصارف له فتدبر .

(قوله قده وان كانت الشبهة محصورة بحيث تقتضى قاعدة الاحتياط الخ) هذا هو المورد الثانى مماذكره المصنف ره لهذه الصورة وقدعرفت ان حكم المورد الاول ، حكم هذا المورد ، و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين ـ الاول ـ فيما تقتضيه القواعد ، الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة ـ اما المقام الاول (فتارة) يجيز الجائر بعض امواله المعين لاحد مجانا او مع العوض ، او يجيز التصرف فيه، (واخرى) يجيز جميع امواله، اويجيز التصرف فى الجميع (وثالثة) يجيز التصرف فى

شيء غير معين منها على سبيل العموم البدلي .

اما المورد الاول فالحق هو انحلال العلم الاجمالي بوجود الحرام في امواله الى العلم التفصيلي بحرمة التصرف في بقية امواله اما لكونها مغصوبة او لعدم اذن الجائر في التصرف فيها ، والشك البدوي في جواز التصرف في خصوص الجائزة ؛ و عليه ، فمقتضى قاعدة اليد هو جواز التصرف ، ولا تعارضها قاعدة اليد في بقية الاموال لما تقدم من حرمة التصرف فيها على كل تقدير ( نعم ) اذا فرضنا ان المكلف مخاطب بخطاب بالنسبة اليها كما اذا جعل الجائر بقية امواله في معرض البيع و تمكن المكلف من شرائها - تسقط قاعدة اليد بالمعارضة لكن ذلك فرض نادر الوقوع في اموال الاشخاص الذين يكون الشخص عالما بوجود الحرام في اموالهم من الجائر وعماله و الآكلين للرباء والغاصبين لاموال الناس و السارقين و غيرهم ( ولعله ) الى ما ذكرناه نظر المصنف ره من ما ذكره من ان القاعدة لا تقتضي لزوم الاجتناب في هذا المورد معللا ( بقوله ) لان تردد الحرام بين ما ملكه الجائر وبين غيره من قبيل التردد بين ما ابتلى به المكلف و مالم يبتل به فلا يحرم قبول ما ملكه لدوران الحرام بينه و بين مالم يعرضه لتمليكه فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه انتهى ، و ان كان ذلك غير ظاهر منه ولكن لامناص من حمله عليه كما لايخفى (وتدل) على جواز التصرف في الجائزة في هذا المورد بعد انحلال العلم الاجمالي اصالة الصحة بالتقريب المتقدم في الصورة الاولى (وعليه ) فالايراد على المصنف حيث علل الجواز بقوله ، حملا لتصرفه على الصحيح بانه ان اريد باصالة الصحة حمل فعل المسلم على الصحيح فيما اذا كان ذا وجهين فهي لاتوجب ترتب آثار الصحيح عليه ، وان اريد بها اصالة الصحة في العقود والايقاعات فلاريب انها لاتثبت كون العوضين ملكا للمتبايعين كما عن الاستاذ الاعظم (غير صحيح) اذ الظاهر ان مراده هو الثاني وقد عرفت دفع هذا الايراد فراجع .

ثم انه قد استدل على الجواز في هذا المورد بوجوه اخر (منها) ان الشبهة من قبيل غير المحصور من جهة ان مجموع الاشخاص الذين يكون العلم حاصلا بوجود

الحرام فى اموالهم من السلطان وعماله والاكلين للربا و السارقين و غيرهم بمنزلة شخص واحد بالنسبة الى هذا المكلف ومن المعلوم ان اموالهم من حيث المجموع من غير المحصور (وفيه) مضافا الى ما تقدمت الاشارة اليه من عدم الفرق فى تنجيز العلم الاجمالى بين كون الشبهة محصورة اوغير محصورة ان الشبهة على هذا التقدير من باب الكثير فى الكثير (ومنها) لزوم العسر والحرج من التجنب عن اموالهم لسد باب المعاش (وفيه) ان هذا لو تم لاقتضى عدم التجنب فى كل مورد لزم منه ذلك فلو فرضنا عدم لزومه فى مورد اوبالنسبة الى شخص خاص لما اقتضى هذا الوجه جواز تصرفه لما حقق فى محله من ان المنفى فى ادلة نفى العسر والحرج هو الشخصى منهما لا النوعى (ومنها) ان الجائر باعطاء الجائزة يدعى ملكيتها ضمناً وحيث انه لامعارض له فى هذه الدعوى فلابد من سماعها (وفيه) انه وان دل خبر (١) منصور بن حازم على ان من ادعى كون شيء ملكا له ولامعارض له يحكم بانه له ، الا انه غير مربوط بالمقام الذى يعلم بوجود الحرام فى الاموال التى تحت يد الجائر الذى يكون تسلطه عليها متضمنا لدعوى ملكية الجميع كما لا يخفى (ومنها) اصالة الحل ( وفيه ) ان الاستدل بها يتم فيما كان المأخوذ من المباحات الاصلية وشك فى حرمته من جهة احتمال ان يكون غير المجيز قد حازه وقد اخذ الجائر منه ظلما واما فى الاموال التى تكون مسبوقة بيد اخرى يقينا فهذا الاصل محكوم لاصالة عدم الانتقال .

واما المورد الثانى كما اذا كان للجائر مائة تومان واجاز لاحد ان يتصرف فيها اوملكها اياه وعلم ذلك الشخص بكون مقدار منها مال الغير و قد اخذه ظلما فلا ريب فى عدم جواز التصرف للعلم الاجمالى غير المنحل فى هذا المورد الموجب لعدم جريان شيء من القواعد والاصول الدالة على جواز التصرف فى المال المشتبه المأخوذ من الغير .

واما المورد الثالث فالقول بجواز التصرف فيه وعدمه مبنيان على انحلال العلم الاجمالى وعدمه ، اذ على الاول يجوز لما ذكرناه فى المورد الاول وعلى الثانى

١ـ الوسائل ـ باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

لايجوز لماتقدم في المورد الثاني وقداختار المصنف ره عدم الانحلال وتبعه الاستاذ الاعظم ، وذهب المحقق النائيني وتبعه المحقق الايرواني الى الانحلال (اقول) الحق هو الثاني وذلك بناءاً على ماحققناه في الاصول من شمول ادلة الاصول لاطراف العلم الاجمالي بنحو التخيير وعدم لزوم محذور في ذلك ، غاية الامر التزمنا بلزوم الاجتناب عن جميع الاطراف للنصوص الخاصة الواردة في الموارد المخصوصة حيث ان المستفاد منها كبرى كلية ـ واضح. فان مورد تلك النصوص ما اذا تمكن المكلف من ارتكاب جميع الاطراف ، ففيما لايمكن ذلك يكون المرجع هي ادلة الاصول (واما) على القول بعدم شمولها لها ولو بنحو التخيير ، فلان عدم جريان الاصول في طرفي العلم الاجمالي انمايكون لاجل التعارض ، وهو انما يكون من جهة ان من جريانهما معا يلزم الترخيص في المعصية فاذا فرضنا انه لايلزم من جريانهما معا الترخيص في المعصية لعدم القدرة على الجمع بين الا طراف تكوينا او تشريعا لامانع من جريانهما معا ، وتمام الكلام في ذلك موكول الى محله (ولكن) الانصاف عدم جواز التصرف في هذا المورد حتى مع انحلال الاجمالي اذ قد عرفت ان المجوز للتصرف في مورد الشك انما هو قاعدة اليد واصالة الصحة وجريان كل منهما في مورد يتوقف على احتمال صحة التصرف حتى في ظاهر الشرع ولو احرز انه لايجوز له ذلك ولو في ظاهر الشرع لما كان المورد مورد الشيء منهما كما لايخفى (وعليه) فاذا اجاز الظالم مع علمه بحرمة بعض ماتحت يده في التصرف في الجميع بنحو العموم البدلي فهو قد اجاز التصرف في المحرم المعلوم تفصيلا او اجمالا وعلى كل تقدير ليس له ذلك فاذا لم تجر قاعدة اليد واصالة الصحة و حيث يحتمل حرمة التصرف فيما يختاره و مقتضى الاصول الموضوعة المشار اليها سابقا عدم جواز التصرف فلايجوز له ذلك .

وبما ذكرناه ظهر انه في المورد الاول اذا لم يحتمل صحة تصرفه في ظاهر الشرع كما اذا احرز انه اجازه من المال المختلط في اعتقاده بالحرام لايجوز التصرف فيه ( فتحصل ) ان مقتضى القواعد عدم جواز التصرف في الجائزة في الموردين

الاخيرين ، وفي المورد الاول اذا علم ان المجيز اقدم على التصرف في الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده

**( قوله قده وقد تقرر حكومة قاعدة الاحتياط على ذلك الخ )** اورد عليه الاستاذ الاعظم بان العجب من المصنف ره حيث انه في الاصول شيد اساس تقديم ادلة البراءة على ادلة الاحتياط فكيف التزم في المقام بحكومة قاعدة الاحتياط على البراءة (اقول) ان ما افاده في الاصول انما هو في الاحتياط الشرعي ، وكلامه في المقام في الاحتياط العقلي الذي هو مقتضى العلم الاجمالي وقد شيد في الاصول اساس تقديمه على ما كان من قبيل قولهم (١) كل شيء لك حلال او كل ما كان(٢) فيه حلال وحرام فهو لك حلال راجع الفرائد .

اما المقام الثاني ، فقد استدل على جواز التصرف في المأخوذ من الجائر في هذه الصورة بطوائف من النصوص .

الاولى النصوص الدالة على حل الاشياء مالم يثبت حرمتها كقوله (٣) عليه السلام كل شيء فيه الحلال و الحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام فتدعه بعينه ونحوه غيره (و فيه) ان هذه النصوص لاتختص بما يؤخذ من يد الجائر و قد تقرر في الاصول عدم شمولها لاطراف العلم الاجمالي اما لامتناعه اولاجل النصوص الواردة في خصوص العلم الاجمالي كما هو الحق .

**(قوله قده فهو على طرف النقيض مما تقدم عن المسالك الخ)** اما على القول بان القاعدة في الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط فلانه التزم في المسالك بكون القاعدة هو الوجوب واما على القول بان مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب فلانه التزم بخروجه عنه تخصيصا

---

١-٢- الوسائل ـ باب ٦١ ـ من ابواب الاطعمة المباحة ـ حديث ٢ ـ ١

٣- الوسائل ـ باب ٦١ ـ من ابواب الاطعمة المباحة حديث ٧ ـ و باب ٤ من ابواب مايكتسب به ـ حديث١ .

لاتخصصا فتدبر .

الطائفة الثانية النصوص الواردة فی باب الربا الدالة علی ان ما اخذ زائداً عن رأس المال اذا لم يعلم صاحبه فهو حلال كصحيح(١) الحلبی عن الصادق عليه السلام فی المال الذی ورثه ممن كـان يربی ، ان كنت تعلم بان فيه مـالا معروفاً ربا و تعرف اهله فخذ رأس مالك ورد ماسوی ذلك وان كان مختلطا فكله هنيئا فان المال مالك ونحوه غيره وقد ذكرها السيد فی الحاشية واستدل بها لهذا القول (وفيه) انها واردة فی الربا ودالة علی ان المال المأخوذ بهذا العنوان يصير حلالا بالتوبة اذا اختلط ويكون هذا المورد كجملة من الموارد التی اذن الشارع الاقدس فی التصرف فی مال الغير من غير رضاه و كونه حلالا واقعا كاكل المارة و اكل اللقطة و التصرف فی الاراضی المتسعة وغيرها فلايكون هناك حرام بل جميع المال للمتصرف و عليه فهی اجنبية عن المقام .

ثم انه قده قد استدل فی ضمن الاستدلال بهذه الطائفة بخبرين آخرين (احدهما) موثق(٢) سماعة عن الصادق(ع) ان كان خلط الحرام حلالا فاختلطا جميعا فلا يعرف الحلال من الحرام فلابأس (وفيه) انه وارد فی مقام بيان حكم ماتحت يده من مال مخلوط و يدل علی حليته مطلقا ولكن لابد فی مقام الجمع بينه وبين نصوص التخميس التی هی اخص منه من حمله علی ارادة الحلية بعد التخميس ثم للجمع بينه و بين ساير النصوص يحمل علی صورة الجهل بقدر الحرام وصاحبه كما اشبعنا الكلام فی ذلك فی الجزء السادس من هذا الشرح فی كتاب الخمس. ( ثانيهما ٣ ) خبر محمد بن ابی حمزة عن رجل قال قلت لابی عبدالله عليه السلام اشتری الطعـام فيجیء مـن يتظلم و يقول ظلمنی فقال عليه السلام اشتره ( و فيه ) مضافا الی ضعف سنده للارسال انه غير ظاهر فی

---

١ ـ الوسائل ـ باب٥ ـ من ابواب الربا ـ حديث٣

٢ ـ الوسائل ـ باب٤ ـ من ابواب مايكتسب به حديث٢

٣ ـ الوسائل ـ باب٥٢ ـ من ابواب مايكتسب به ـ حديث٣

صورة العلم الاجمالى بوجود الحرام فى مال ذلك العامل و مجرد دعوى الظلم لايفيد لاثباته .

الطائفة الثالثة النصوص الدالة على جوار اخذ الجائزة من الجائر سواء كان الاخذ مع العوض اوبدونه . (كصحيح١) ابى ولا دقال قلت لابى عبدالله ﷺ ماترى فى رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الامن اعمالهم و انا امر به فانزل عليه فيضيفنى ويحسن الى وربما امرلى بالدرهم والكسوة وقدضاق صدرى من ذلك فقال لى كل وخذمنها فلك المهنا وعليه الوزر (و اورد ) عليه المصنف ره بان الاستشهاد به ان كان من حيث حكمه ﷺ بحل مال العامل المجيز للسائل ـ فيرد عليه ـ ان الحكم بالحل ح انمايكون من حيث احتمال كون مايعطى من غير اعيان مايأخذه من السلطان بل مما اقترضه اواشتراه فى الذمة ، لظهوره بقرينة قوله ﷺ و عليه الوزر الظاهر فى ارادة وزر مايأخذه من الاجرة ، فى حرمة مايأخذه عمال السلطان بازاء عملهم له وان العمل للسلطان من المكاسب المحرمة ، وعليه فمفاده اجنبى عن المقام لاختصاصه بما اذا علم بحرمة بقية امواله تفصيلا وشك فى حرمة خصوص الجائزة ولااشكال فى الجواز فى هذا الفرض بحسب القواعد ايضا ، لجريان قاعدة اليدفيها بلامعارض، و اين ذلك مماهو مفروض الكلام اى العلم الاجمالى بوجود الحرام فى امواله مع كون الشبهة محصورة وكون جميع اطرافه محل الابتلاء المقتضى للزوم الاحتياط (وان كان) من حيث حكمه ﷺ بان مايقع من مال العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده ، فيرد عليه ، ان الحكم بالحل على هذا التقدير غير وجيه الاعلى تقدير كون المال المذكور من الخراج والمقاسمة المباحين للشيعة اذلو كان من صلب مال السلطان اوغيره لم يتجه حله لغير مالكه بغير رضاه اذا لمفروض حرمته على العامل لعدم احترام عمله .

(اقول) الظاهر دلالة الخبر على جواز التصرف فيما يؤخذ من عمال السلطان

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥١ ـ من ابواب مايكتسب به ـ حديث ١

حتى فيمورد اقتضاء القواعد عدم الجواز على كل من التقديرين (اما) على التقدير الاول فلعدم اختصاصه بالصورة المفروضة بل مقتضى اطلاقه هو الجواز حتى فيمالم يعلم تفصيلا بحرمة بقية امواله، بل علم اجمالا بوجود المال الحرام فيامواله المحتمل انيكون المأخوذ منه وقوله ـ ليس له مكسب غيره ـ لايقتضي الاختصاص بها بل غايته معرضية ماعنده لانيكون من الاموال المأخوذة من السلطان (واما) على التقدير الثاني فلان مقتضى اطلاق الرواية جواز الاخذ مع احتمال كون المأخوذ من الخراج والمقاسمة و حملها على صورة العلم بكونه من احدهما مضافا الى منافاته للاطلاق حمل على الفرد النادر فتدل على حلية المأخوذ بمجرد احتمال كونه من الاموال المباحة للسائل حتى مع العلم الاجمالي بوجود الحرام فيامواله، لولم ندع اختصاصها بهذا المورد .

وبما ذكرناه ظهر دلالة ساير النصوص على الجواز والحلية ( كصحيح) ابي المعزا المتقدم وحسن (١) زرارة و محمدبن مسلم، اوصحيحهما قالاسمعناه يقول جوائز العمال ليس بها بأس، وغيرذلك من الروايات المطلقة (والمصنف) ره حملها باجمعها على الشبهة غيرالمحصورة اوالمحصورة التييكون بعض اطرافها خارجا عن محل الابتلاء، ثم قال انه لوفرض نص مطلق في حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة ( اقول ) يردعلى ماافاده (اولا ) انه خلاف اطلاق النصوص فانها مطلقة شاملة للشبهة المحصوره و غيرها فتخصيصها بمورد خاص يحتاج الى دليل مخصص مفقود و يردعلى ماافاده ( ثانيا) ان المحقق في الاصول عنده قده و قدتبعناه ان العلم الاجمالي بالنسبة الى الموافقة القطعية انمايكون بنحو الاقتضاء لاالعلية اي تجب الموافقة القطعية مالم يرد ترخيص في المخالفة الاحتمالية والا فلاتجب وعلى ذلك فالعلم الاجمالي المقتضي للاحتياط لايصلح لردهذه النصوص (مع) انه قدعرفت

١ ـ الوسائل ـ باب ـ ٥١ ـ من ابواب مايكتسب به ـ حديث ٥

انحلال العلم الاجمالي في الموردين من الموارد الثلاثة المتقدمة الذين هما محل الكلام فراجع ( وبما ذكرناه) ظهر اندفاع ما اورده الاستاذ الاعظم على الاستدلال بهذه النصوص على الجواز ، بان المدعى ان ادعى انها تدل على الحلية الواقعية فيرد عليه ان العمل باطلاقها يقتضي اباحة اخذ الجائزة من الجائر حتى مع العلم التفصيلي باشتمالها على الحرام ولم يتفوه به احد ، وان ادعى ظهورها في الحلية الظاهرية فيرد عليه ان تلك الاخبار لا يمكن شمولها لجميع الاطراف فانه ترخيص في المعصية ، ولبعضها دون بعض ترجيح بلا مرجح و اذاً فتخرج موارد العلم الاجمالي الذي يوجب التنجز عن حدود تلك الاخبار تخصصا ، فانه (يرد عليه) ان العلم الاجمالي لا يكون منجزا كما عرفت في المورد الاول والثالث الذين هما محل الكلام (وان شئت قلت ) ان تلك الاخبار انما تدل على حلية ما يؤخذ من الجائر مجانا اومع العوض الذي هو احد اطراف العلم الاجمالي ولا تدل على حلية جميع امواله حتى الباقية تحت يده ، وعليه ، فلا يلزم من القول بشمولها لبعض الاطراف ترجيح بلا مرجح فلا مانع من شمولها له

ثم انه في ضمن كلماته اورد على الاستدلال بهذه النصوص بايراد آخر وهو ان الظاهر من موثق (١) اسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل يشترى من العامل وهو يظلم قال يشترى ، منه مالم يعلم انه ظلم فيه احدا تقييد الحكم بصورة الشك فقط ( و فيه ) ان السائل فرض ظلم العامل و مع ذلك سئل عن حكم الاشتراء منه فمورده لامحالة يكون هو العلم الاجمالي بوجود الحرام ، و جوابه ﷺ ظاهر في ارادة انه ان لم يعلم بالظلم في خصوص ما يؤخذ منه تفصيلا او اجمالا ، لا باس بالاشتراء و به يقيد اطلاق ساير النصوص ( فتحصل ) ان الظاهر من الروايات جواز التصرف في جوائز الظلمة سواء اخذت منهم مجانا او مع العوض ، و ان علم اجمالا بوجود الحرام في اموالهم مالم يعلم بوجوده في خصوص الجائزة والله العالم بالاحكام

١- الوسائل - باب ٥٣ - من ابواب ما يكتسب به .. حديث ٢

## لو علم تفصيلا كون الجائزة محرمة

**(قوله قده واما الصورة الثالة فهو ان يعلم تفصيلا حرمة ما ياخذه فلا اشكال في حرمته الخ )** الكلام يقع اولا في حكم المأخوذ في هذه الصورة، ثم في الفروع والامور التي تعرض لها المصنف ره.

اما الجهة الاولى فمقتضى القواعد حرمة التصرف فيه لفرض كونه مال الغير و قد استدل المحقق الايرواني ره على جواز التصرف فيه ( باطلاق ) النصوص المتقدمة . ثم قال نعم لا تشمل الرواية صورة معرفة المالك بعينه او في اطراف محصورة و فيه (اولا) ان تلك النصوص ليست في مقام بيان اثبات الحلية الواقعية والا فمقتضى اطلاقها الحلية حتى في الموردين المزبورين ولم يتفوه بذلك فقيه بل هي في مقام بيان جعل الحلية الظاهرية وهي انما تكون مجعولة في صورة الشك والاحتمال فمع القطع بالحرمة لا معنى لجعلها كما لا يخفى (وثانيا) انه لو سلم شمولها لهذه الصورة وجب تقييد اطلاقها بمفهوم موثق اسحاق المتقدم كما عرفت فالاظهر عدم جواز التصرف فيه ـ ثم ان هذا هو مراد المصنف ره من قوله لا اشكال في حرمته على الاخذ لما سيفتي بجواز الاخذ بنية الرد .

و اما الجهة الثانية فقد ذكر في المقام امور (الامر الاول ) انه هل يجوز الاخذ من الجائر ام لا ، ثم ماذا حكم المأخوذ من حيث الضمان والكلام في هذا الامر يقع في موردين ، المورد الاول ان يعلم بحرمة الجائزة قبل استقرارها في يده ، الثاني مالو علم بذلك بعده (اما) المورد الاول فقد فصل المصنف ره بين ان يكون الاخذ بغير نية الرد الى صاحبه وما اذا كان بتلك النية و اختار عدم الجواز والضمان لو اخذ بغير نية الرد و الجواز وعدم الضمان لو تلف في ما اذا كان بنية الرد (و استدل له) بانه ان اخذ بغير تلك النية كان غاصبا و متصرفا في مال الغير عدوانا و بغير رضا صاحبه

فيترتب عليه احكام الغاصب وان اخذ بنية الرد كان محسنا وقد دل الدليل (١) على ان المحسن مضافا الى ان فعله حسن وعدل ومحبوب ليس عليه من سبيل ويكون المال فى يده امانة فلا يضمن لو تلف (اقول) ان الاخذ بنية الرد الى المالك اما ان يكون مع علم الاخذ برضا صاحبه كماهو الغالب او يكون مع علمه بعدم رضاه اويكون مع الشك فى رضا المالك ظاهر المصنف ره هو الجواز فى جميع الصور الثلاث.

و لكن الاظهر عدم الجواز الا فى الصورة الاولى فلنا دعويان (الاولى) الجواز فى الصورة الاولى ودليله واضح لانه يجوز التصرف فى اموال كل احد مع رضاه بالتصرف ان لم يكن محجورا (الثانية) عدم الجواز فى الصورتين الاخيرتين (و يشهدله) الادلة الدالة على عدم جواز التصرف فى مال الغير مع عدم رضا صاحبه المحرز فى الصورة الثانية بالوجدان وفى الصورة الثالثة بالاستصحاب كقوله عليه السلام فى خبر (٢) الاحتجاج فلا يحل لاحد ان يتصرف فى مال غيره بغير اذنه و نحوه موثق (٣) سماعة و غيره - و قد استدل على الجواز فى الصورتين او فى الصورة الاخيرة بوجهين (الاول) مادل من الايات والروايات على جواز الاحسان ومحبوبيته بدعوى ان الاخذ لحفظ المال ورده الى مالكه مصداق للعدل والاحسان (وفيه) ان اخذ مال الغير مع عدم احراز رضاه ليس احسانا ولذاترى انه لم يتفوه فقيه بجواز المعاملة مع اموال الغير بغير رضاه للاسترباح مستنداً الى انه احسان بل هو اسائة و ظلم اذ التصرف فى مال الغير مع عدم احراز رضا صاحبه ظلم وعدوان لاعدل واحسان (الثانى) مااستند اليه الاستاذ الاعظم وهو عدم صدق التصرف على مجرد الاخذ بنية الرد الى المالك اذ التصرف عبارة عن التقليب والتقلب ولانسلم صدقه على ذلك ثم قال واذا سلمنا صدقه لغة فانه منصرف عنه عرفا (وفيه) ان الامساك والتحفظ تصرف فى الشىء

---

١ - سورة التوبة - الاية ٩٢

٢ - الاحتجاج ص ٢٦٧ - عن الاسدى عن العمرى عنه (ع)

٣ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١

ولذا ترى انه التزم بالحرمة فى صورة احراز عدم رضا المالك بذلك و لولا صدق التصرف على الاخذ لما كان وجه لعدم الجواز ( و بالجملة ) المناقشة فى صدق التصرف على اخذ مال الغير و حفظه للرد اليه لاسبيل اليها و ما يرى من ان العرف و العقلاء المتدينين يأخذون مال الغير ليس ذلك من جهة انهم لايرون الاخذ تصرفا بل من جهة احراز هم رضا صاحبه بذلك كما تقدم فالاظهر انه مالم يحرز رضا صاحبه لايجوز الاخذ حتى مع نية الرد كما انه يجوز الاخذ مع احراز الرضا و ان كان لابنية الرد فالضابط هو احراز الرضا وعدمه (و اما الضمان ) لو تلف المال تحت يده فلا ريب فى ثبوته فى صورة الاخذ مع عدم رضا صاحبه ان لم يصدق عليه الاحسان كما هو الصحيح لقاعدة ضمان اليد واما لو اخذه مع احراز رضاه فهو غير ثابت اذ المأخوذ ح يكون امانة مالكية نظير الوديعة المالكية واما لو اخذه مع عدم احراز الرضا وبنينا على جوازه لكونه احسانا فهو يكون عنده امانة شرعية فلا ضمان.

(قوله قده والتقية تتادى بقصد الرد الخ ) لايقال انه لايعتبر فى التقية عدم المندوحة ولذا لو اقتضت التقية التكفير فى الصلاة فى سعة الوقت وتمكن المكلف من الاتيان بالصلاة بغير تكفير فى آخر الوقت صحت صلاته لو صلى مع التكفير، فكيف اعتبره المصنف ره فى المقام (فانه يقال ) انه فرق بين وجود المندوحة حال العمل كما لو تمكن فى المثال من الصلاة بغير تكفير لاجل وجود قائل منهم بعدم لزومه مثلا وبين وجود المندوحة بالنسبة الى اصل العمل كما فيما فرضه الخصم، فانه فى الفرض الاول لايشمله ادلة التقية لعدم صدق التقية وفى الفرض الثانى تشمله لصدق الموضوع و اطلاق الادلة ومانحن فيه من قبيل الاول كما لايخفى ( واما المورد الثانى) و هو مالو علم بكون الجائزة مغصوبة بعد استقرارها فى يده ، فظاهر المتن وصريح السيد الفقيه ، ان هنا مسألتين (الاولى) انه هل يكون الاخذ بنية التملك مع الجهل بكونه للغير موجبا للضمان ام لا (الثانية) انه اذا حكمنا بالضمان هل يبقى حكمه حتى لو نوى الحفظ بعد العلم بكونه للغير ورده الى صاحبه ، ام يتغير الحكم بتغير العنوان .

اما المسألة الاولى فالمشهور بين الاصحاب على مايظهر منهم فى نظائر المقام

كاعارة الغاصب او بيعه اورهنه لمال الغير وغير ذلك هو القول بالضمان وعن المسالك والمفاتيح فى المقام عدم الضمان و كذا عن المحقق والعلامة فى مسألة الاستعارة من الغاصب .

واستدل لعدم الضمان فى المقام بوجوه (الاول) انه لاموجب لتوهم الضمان سوى قاعدة اليد وهى لاتشمل المقام اذ المأخوذ فى مفهوم الاخذ هو التعدى والعدوان ومع الجهل بكونه للغير لايصدق هذا العنوان ( وفيه) ان هذا الوجه وان اختاره المحقق النائينى ره لكنه غير تام ، اذ مفهوم الاخذ اوسع من ذلك ، و لذا ترى انه لايتوهم احد اختصاص هذا المبحث بكون الاخذ من السلطان و عماله على نحو التعدى من جهة تعبيرهم عن الموضوع بالجوائز المأخوذة من السلطان و عماله فتدبر ( الثانى ) ما ذكره المحقق التقى ره وهو قوله(١) عليه السلام فلك المهنا وعليه الوزر - بدعوى ان الضمان وزر وظاهر الرواية اختصاص الوزر بالعامل فلا وزر على الآخذ ( وفيه) ما تقدم آنفا من اختصاص تلك النصوص بالصورتين الاولتين من الصور الاربع لموثق اسحاق فراجع ( الثالث ) ان مقتضى قاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده عدم ضمان الآخذ لان اعطاء الجائزة من باب الهبة المجانية وهى ليس فى صحيحها الضمان فكذا فى فاسدها و كذا الوديعة والعارية و نحو ذلك (وفيه) ان الضمان المدعى انما هو للمالك لا للمعطى وهو لم يهب ماله و لم يسقط احترامه - و من اسقط احترامه لم يكن له ذلك فتدبر ( الرابع ) ان الغاصب اقوى من الآخذ لانه مغرور من قبله فيستند الاتلاف اليه دونه و كذا فى صورة التلف السماوى (وفيه) ان الاقوائية لاتوجب عدم ضمان الاضعف - و قاعدة الغرور انما تقتضى جواز رجوع المغرور الى من غره لاعدم جواز رجوع المالك اليه فتدبر (الخامس) ان الشارع قد رخص فى اخذ الجائزة عند الجهل بكونها مغصوبة فهى امانة شرعية فى حال الجهل وبعد العلم يشك فى الضمان فيستصحب يد الامانة (وفيه) ان الترخيص فى حال الجهل ترخيص ظاهرى - لاترخيص

---

١- الوسائل - باب ٥١ - من ابواب مايكتسب به حديث ١

واقعي ، فلاينافي حكم الشارع بالضمان الواقعي . وان شئت قلت _ ان اذن الشارع في وضع اليد على مال الغير ان كان لمصلحة المالك من حفظه له وايصاله اليه كان ذلك موجبا لرفع الضمان ، وان كان لغير ذلك كما في المقام حيث انه اذن في التملك ظاهرا فهو لايوجب رفعه (مع) انه للعلم بكونه للغير يرتفع الاذن الذى هو المناط في عدم الضمان على الفرض ( فتحصل ) ان الاظهر هو الضمان لعموم(١) على اليد.

واما المسألة الثانية و هي انه على القول بالضمان _ هل يرتفع هذا الحكم بنية الرد الى المالك بعد العلم بالحال كما اختاره السيد الفقيه ره _ ام لايرتفع كما احتمله المصنف ره قويا ، و اختاره صاحب الجواهر ره وجهان _ ( قد استدل للاول ) في الحاشية بان اليد اذا انقلبت من العدوان و الخيانة الى الاحسان والامانة ينقلب الحكم ايضا ، اذ مقتضى عموم(٢) ما على المحسنين ونحوه من ادلة الامانات المخصصة لعموم على اليد كون الضمان مادامت اليد عدوانية ، فلايصغى الى ما قيل من ان علة الضمان الاخذ العدواني من الاول فلايفيد الانقلاب (وفيه) مضافا الى عرفت من انه لا يصح الحكم بعدم الضمان للادلة المشار اليها وليست هي مخصصة لعموم على اليد انه لو سلم صحة الحكم بالعدم مستنداً اليها ، لا تصلح هي للدلالة على عدم الضمان في المقام ، وذلك لان غاية ما تدل عليه هذه الادلة ان يد الامين لاتقتضي الضمان لانها تقتضي عدم الضمان (وعليه) فحيث ان مقتضى عموم على اليد ، ان وضع اليد على مال الغير علة للضمان الباقي ما لم يؤد ، فلا تصلح اليد الفعلية الحادثة التي هي يد امانية لمزاحمة اليد السابقة اذ ما لا اقتضاء له لايزاحم ماله الاقتضاء (فظهر) ان ما افاده المصنف ره في وجه الحكم ببقاء الضمان وان تبدلت اليد بيد الامانة، من عموم على اليد هو الصحيح ، نعم ، اذا علم الاخذ برضا المالك بحفظ ماله بقصد الايصال اليه و كانت الامانة مالكية يرتفع الضمان لان ذلك في قوة القبض و الاستيداع (وبما ذكرناه) ظهر ان ما ذهب اليه المشهور في نظائر المقام من ان اليد غير الامانية ، اذا عادت اليها

١- سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧
٢- سورة التوبة - الاية ٩٢

يبقى الضمان ، الا اذا اذن المالك فى استدامة القبض، هو الصحيح.

# يجب على المجاز رد الجائزة الى اهلها

## ( قوله قده و على اى حال فيجب على المجاز رد الجائزة الخ )

اقول يقع الكلام فى مقامين (الاول) ما اذا كان مالك المأخوذ معلوما (الثانى) ما اذا كان مجهولا (اما) المقام الاول فلاريب ولا كلام فى وجوب رد المأخوذ الى اهله، كان المال فى يده امانة ام لم يكن كك لقاعدة على اليد فى الثانى ، ومادل على وجوب رد الامانة من الاية الشريفة (١) « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها » و غيرها فى الاول و للنصوص الخاصة الواردة فى المقام الاتى بعضها الدالة على وجوب رد المأخوذ الى صاحبه اذا كان معلوما.

انما الكلام فى موردين (الاول) فى معنى الاداء وانه هل هو مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية بينه وبين ماله ، ام هو حمله اليه واقباضه منه، ام كل من الامرين مصداق للاداء والرد ، ام يختلف باختلاف الموارد (اقول) ان حقيقة الرد والاداء ايصال الشيء الى محله ( وح ) فاذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخلية بينه و بين ما لكه لان بها يخلع الامين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشيء الى محله ، و اما محل المال خارجا فهو كل مكان رضى به المالك او الشارع الاقدس و حيث ان وجود المال عند الامين خارجا انما يكون برضا المالك او باذن من ولى امره اى الشارع الاقدس فلا يكون فى غير محله كى يكون مكلفا بالرد الخارجى واما اذا كان المال مغصوبا فاداؤه ورده انما يكون بالتخلية والاقباض منه اذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير محله فلابد من ايصاله الى محله كك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله فلابد من ايصاله اليه بالاقباض منه (ومن ماذكرناه) علم انه لو نقل الامين الوديعة من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ وبدون اذن المالك او الشارع يجب ردها الى بلد الايداع (فتحصل) انه يعتبر فى غير الامانة الاقباض من المالك

١ ـ سورة النساء ـ الاية ٥٩

وفيها يكفي التخلية ولعل هذا هو المشهور بين الاصحاب فتدبر (ثم ان) المصنف ره استشكل في حمل الامانة للاقباض في مورد كفاية التخلية من جهة انه تصرف لم يؤذن فيه الا اذا كان الحمل مساويا لمكانه الموجود فيه او احفظ (ولكن) الاظهر جواز الحمل اذا كان المال في حفظه وان كان الابقاء في المحل احفظ، اذ لا يجب تحرى الاحفظ في الامانة بل يكفي كونها في حفظه و حراسته في اى مكان و ضعت ما لم ينه المالك عن و ضعها في مكان خاص.

المورد الثاني في كون وجوب الرد فوريا و الظاهر ان وجهه فيما اذا كانت اليد غير امانية هو مادل على حرمة التصرف في مال الغير و امساكه اذ لا فرق بين التصرف القليل والكثير - وفيما اذا كانت اليد امانية انه بالتأخير تثبت اليد على مال الغير زايدا على المقدار المأذون فيه باذن المالك او الشارع و هو ظلم و عدوان و يشمله ح مادل على حرمة التصرف في مال الغير وامساكه.

# حكم مجهول المالك

واما المقام الثاني وهو ما اذا كان المالك مجهولا فتنقيح القول فيه يقتضي التكلم في مواضع (الموضع الاول) هل يجب الفحص عن المالك املا ،فيه قولان قد استدل للقول الثاني (باطلاق) النصوص الواردة في مقام بيان مصرف مجهول المالك التي ستمر عليك.

واستدل للقول الاول بوجهين (الاول) ما في المتن وهو ان الاداء الواجب متوقف عليه فيجب مقدمة له - واورد عليه (تارة) بان الاداء انما يكون وجوبه مشروطا بالقدرة كساير التكاليف الشرعية فلو علم بانه لو تفحص لوجده وجب الاداء و الفحص و لو شك في ذلك فلا محالة يشك في القدرة عليه فيشك في التكليف و معه يرجع الى اصالة البرائة عن الوجوب (واخرى) بان اطلاق النصوص الاتية يقتضي عدم وجوب الاداء و الفحص مع الجهل بالمالك و به يقيد اطلاق مادل على وجوب الاداء - وفيهما نظر (اما الاول) فلان المحقق في محله

ان البرائة لاتجرى في مورد الشك في القدرة على امتثال التكليف ان لم تكن شرطا شرعيا كما في المقام ، اما لكونها شرطا لتنجز التكليف للاصله او لبناء العقلاء على ذلك اوغير ذلك ( واما الثاني) فلان النسبة بين مادل على وجوب الاداء ـ والنصوص المشار اليها ـ عموم من وجه ، اذ الطائفة الاولى اعم من حيث شمولها لما اذا كان المالك معلوما، واخص من حيث اختصاصها بصورة التمكن العقلي من الاداء والفحص والطائفة الثانية اخص من الجهة الاولى لاختصاصها بمجهول المالك واعم من الجهة الثانية كما لايخفى ، و حيث ان دلالة كل منهما على المجمع انما تكون بالا طلاق فيتساقطان معا ، فيرجع الى مادل على عدم جواز التصرف في مال الغير من غير رضا صاحبه فتأمل فان المختارا خيراً تعين الرجوع الى الاخبار العلاجية في هذا الفرض ايضا .

الوجه الثاني هو دلالة طوائف من النصوص عليه ( منها ) ماتضمن الامر به في الدين مجهول المالك كصحيح ( ١ ) معاوية عن الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده ولايدرى احى هوام ميت ولايعرف له وارث ولا نسب ولابلد ـ قال اطلبه قال ان ذلك قد طال فاتصدق به قال اطلبه ، وعن الفقيه وروى في هذا خبر آخر ان لم تجدله وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به ( و فيه) ان مورده العلم بالمالك مع الجهل بموضعه ومحل الكلام انما هو مجهول المالك ، الاان يدعى العلم بعدم الفرق بين الجهل بالمالك ، والجهل بموضعه كما ادعى عدم الفرق بين الدين والعين (ومنها) مادل (٢) على وجوب تعريف اللقطة ، (وفيه) ان تلك النصوص المتضمنة للتعريف سنة ثم التصدق بها بعدها مختصة باللقطة و التعدى يحتاج الى دليل مفقود (ومنها) مادل على وجوب الفحص عن الاجير الذى يبقى اجرته كموثق (٣) هشام ابن سالم قال سأل حفص الاعور اباعبدالله عليه السلام وانا عنده جالس قال انه كان لابى اجير

١ـ٣ـ الوسائل ـ باب ٢٢ من ابواب الدين والقرض ـ حديث ٢ ـ ٣

٢ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب اللقطة

كان يقوم فى رحاه وله عند نادراهم وليس لدوارث فقال ابو عبدالله عليه السلام تدفع الى المساكين ثم قال رأيك ثم اعاد المسألة فقال مثل ذلك فاعاد عليه المسألة ثالثة فقال ابو عبدالله عليه السلام تطلب وارثا فان وجدت وارثا و الا فهو كسبيل مالك و نحوه غيره وقد استدل بها السيد الفقيه .(وبرد عليها) ما اوردناه على الطائفة الاولى (ومنها) ما استدل به المحقق الايروانى ره و هو ما ورد(١) فى ايداع اللص ، دراهم او متاعا عند مسلم واللص مسلم فانه دل على ان الوديعة بمنزلة اللقطة فيعرفها حولا ، فان اصاب صاحبها ردها اليه والا تصدق بها عنه (واورد) عليه الاستاذ الاعظم بانه ضعيف السند لان فى طريقه قاسم بن محمد و حفص بن غياث ، و بوروده فى قضية خاصة فلا وجه للتعدى منها الى غيرها (ولكن) يمكن الجواب عن الاول بما عن صاحب الجواهر من ان ضعف السند منجبر بعمل المشهور ، ( فتحصل) مما ذكرناه وجوب الفحص لوجهين فلاحظ .

## لا تسمع دعوى المدعى له مالم يثبت شرعا

(قوله قده ثم لو ادعاه مدع ففى سماع قول من يدعيه الخ) اقول هذا هو الموضع الثانى ،وفى المسألة وجوه ( الاول )انه يعطى مجهول المالك لمن يدعيه مطلقا ( الثانى) انه يعطى اياه مع التوصيف ( الثالث ) انه لايعطى اياه مالم يثبت كونه له شرعا و قد استدل للاول بخبر (٢) منصور الوارد فى الكيس الواقع بين الجماعة الدال على انه لمن يدعيه ، بدعوى ، ان المستفاد منه قاعدة كلية وهى سماع دعوى كل من لامعارض له (وبالاجماع) والسيرة على القاعدة المشار اليها و بقوله (٣) عليه السلام فى صحيح البزنطى الوارد فى اللقطة ـ وان جائك طالب لاتتهمه رده عليه ـ وبالنصوص (٤)

١ـ الوسائل ـ باب ١٨ من ابواب اللقطة حديث ١

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٧ ـ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

٣ ـ الوسائل ـ باب ١٥ ـ من ابواب اللقطة ـ حديث ١

٤ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب اللقطة

الاخر الواردة فى اللقطة الدالة على جواز التملك او التصدق الان يجىء لها طالب كقوله ﷺ فان جاء لها طالب والافهى كسبيل ماله ونحوه غيره (وبادلة) حمل فعل المسلم و قوله على الصحة ـ وفى الكل نظر (اما الاول) فلاختصاصه بما اذا لم يكن المال فى يد واحد مأمور بايصاله الى مالكه ، (مع) ان فى كون المقام من قبيل دعوى من لا معارض له ، نظرا بل منعا ـ فانه مأمور بحفظ المال عن غير مالكه وعليه فهو يمنعه عن التصرف فيه ،وبذلك ظهر ما فى الوجه الثانى ، مضافا الى ان المتيقن منهما غير المقام (واما) صحيح البزنطى فلم يعمل به فى مورده (واما) ساير النصوص فالظاهر منها بعد التدبر هو العلم بكونه مالكا ، ولو ابيت الاعن ظهورها فى جواز الدفع بمجرد الطالب ، فيرد عليها انه لم يعمل بها فى موردها فكيف فى غير موردها (واما) ادلة حمل فعل المسلم وقوله على الصحة فلانها تدل على عدم معاملة الفاسق والكاذب معه لا انه يترتب عليهما آثار الواقع (واما الوجه الثانى) فقد استدل له بالنصوص (١) الواردة فى اللقطة الدالة على انه يعطى اللقطة لمن يدعيها مع التوصيف ، بدعوى انه لاخصوصية للقطة (اقول) ان هذا الحكم غير ثابت فى الاصل فضلا عن الفرع ، مع انه لو تم فى اللقطة لا وجه للتعدى بعد احتمال الاختصاص ( فتحصل ) ان الاقوى هو الوجه الثالث ، اذ لا يحصل البرائة لمن وضع يده على مال غيره الا بالاداء الى مالكه .

بقى شىء وهو انه لو دفعه الى من يدعيه مع ثبوت كونه مالكا ثم تبين كون المالك غيره ، فهل يضمن الدافع مطلقا ، ام لا يضمن كك ، ام يفصل بين صورة العلم وغيره من الطرق فيضمن فى الاولى ،ام يفصل بين قيام البينة وغيرها فلا يكون ضامنا فى الصورة الاولى ،ام يحكم بالضمان الا فى صورة الزام الحاكم بالدفع ، ام يفصل بين دفع العين والقيمة فيكون ضامنا فى الثانى ، وجوه لو لم تكن اقوالا (اقواها) الاول لان مقتضى ادلة الضمانات والامانات بقاء المال فى عهدة من تحت يده مال غيره الا ان يؤديه اليه ، فغاية الضمان هو الاداء الى المالك (وحديث) لاضرر لا يصلح لرفع الضمان اذ الحكم بعدمه ضرر على المالك فيتعارض الضرران (ومادل) على نفى السبيل

---

١ ـ الوسائل باب ٦ ـ من ابواب اللقطة

على المحسنين ـ اجنبي عن المقام لان من اعطى مال شخص الى غيره لايكون محسنا بالنسبة الى مالكه .

# اجرة الفحص عن المالك

الموضع الثالث ، اذا احتاج الفحص عن المالك الى بذل مال فهل هو على الاخذ او على المالك فقد استدل المصنف ره على الاول (بان) الفحص عن المالك واجب على الاخذ فيجب عليه بذل المال مقدمة له (و اجاب) عنه الاستاذ الاعظم بان مقدمة الفحص الواجب انما هي طبيعي بذل المال سواء كان من كيسه ام من كيس المالك واذن فلا يتعين البذل على الآخذ الا بدليل خاص وهو منفي في المقام (وفيه) ان المقدمة وان كانت هي الطبيعي الا ان الواجب منها هو ما يكون فعل الآخذ نفسه ولا يعقل ان يجب بذل المال على المالك بالوجوب المقدمي المترشح من وجوب الفحص المتوجه الى الآخذ (فان قيل) ان المدعى ان طرف التخيير اعطاء الآخذ من مال المالك فلا يلزم المحذور المذكور (قلت) انه على هذا الايكاد يجب هذا الفرد بالوجوب المقدمي لحرمته الموجبة لاختصاص الوجوب بغيره .

فالاولى في الجواب عن اصل الدليل ان الفحص بما انه لايتوقف على بذل المال دائما ففي مورد توقفه عليه لامانع من الرجوع الى دليل نفى الضرر ، اذا لم يكن ارتفاع الحكم الضرري على خلاف الامتنان ( توضيح ذلك ) ان من وضع يده على مال غيره، ربما يكون عن وجه شرعي كاللقطة و اخذ المال من السارق مع العلم برضا صاحبه و نحو ذلك وربما يكون على غير وجه شرعي كالغصب والسرقة و نحوهما فـان كان من قبيل الاول كان اجرة الفحص على المالك بمعنى ان الاخذ يصرفها من كيسه فان وجده اخذها منه والا فمن المال الذي في يده ويتولى ذلك الحاكم حسبة لما دل على نفى السبيل على المحسنين، ولحديث نفى الضرر المتقدمين فتامل، وان كان من قبيل الثاني، كانت الاجرة على الاخذ والوجه في ذلك مضافا الى عدم شمول ادلة نفى الضرر و

السبيل على المحسنين ، اما الثانى فواضح واما الاول فلكونه خلاف الامتنان ـ مادل على ان الغاصب يجب عليه رد المغصوب وان تضرر بكثير ، كما اذا توقف الرد على هدم البناء ونحوه، فعن على ﷺ فى نهج البلاغة (١) الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها.

## مقدار الفحص عن المالك

الموضع الرابع فى مقدار الفحص ، فعن الاكثر ان حده اليأس وعن جماعة ان حده السنة ،وربما يقال بكفاية طبيعى الفحص عن المالك .

و الاقوى هو الاول بناءاً على ماعرفت من ان مدرك وجوب الفحص هو حكم العقل لكونه مقدمة لايصال المال الى مالكه اذ بعد مالم ييأس من الظفر به يكون مأموراً بالرد اليه فيجب الفحص مقدمة له (وقد استدل) له المصنف ره مضافا الى ذلك ؛ بقوله قده مضافا الى ماورد من الامر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفة المالك كما فى الرواية الواردة فى بعض عمال بنى امية الخ اشار بذلك الى خبر (٢) على بن ابى حمزة عن الصادق ﷺ انه قال لصديق له من كتاب بنى امية فاخرج من جميع ما اكتسبت فى ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت به الخ وجه الاستدلال به مع انه مطلق غير آمر بالفحص انه مطلق وغاية ماثبت تقييده هو لزوم الفحص الى حد اليأس ففى الزايد عن هذا الحد يرجع الى اطلاق الخبر ويحكم بعدم وجوبه (ويمكن )ان يقال فى توجيهه ان المراد من عدم المعرفة هو عدم التمكن من المعرفة لاعدم المعرفة الفعلية وذلك للعلم بعدم الاكتفاء بمجرد عدم المعرفة الفعلية اذ لاريب فى وجوب الفحص لو علم بانه لو تفحص لظفر بالمالك وهذا العنوان لايحصل بعد اليأس (اقول) يرد على التوجيه الاول انه يتم اذا كان حصول اليأس قبل تمام السنة وهو فاسد اذ النسبة بين العنوانين عموم من وجه فقد يتقدم اليأس وقد يتقدم مضى السنة نعم التوجيه الثانى لابأس به.

و استدل للقول الثانى بخبر (٣) حفص بن غياث الوارد فى ايداع اللص

١ ـ الوسائل ـ باب ١ من ابواب الغصب حديث ٥

٢ ـ الوسائل ـ باب ٤٧ من ابواب مايكتسب به ـ حديث ١

٣ ـ الوسائل ـ باب ١٨ من ابواب اللقطة حديث ١

دراهم او متاعا عند مسلم الدال على ان الوديعة بمنزلة اللقطة فيعرفها الودعى حولا ، المذ كور فى المتن بدعوى ان ظاهره ان مناط الفحص الى سنة وملاكه فى اللقطة هو كونها مالا مجهول المالك وقع فى يده فيتعدى منه الى كل ماكان كك ( وفيه ) ان الخبر مختص بايداع اللص ولايبعد دعوى التعدى الى غيره من افراد الغاصب و الى كل مورد كان المال مأخوذا بعنوان الامانة و الحفظ و اما التعدى الى كل مال مجهول المالك وان اخذ لمصلحة الاخذ فالظاهر انه قياس محض ،بل دعوى اختصاصه بمورده و عدم التعدى حتى من الجهتين الاولتين قريبة و بالنصوص (١) الواردة فى اللقطة المحددة للفحص فيها بالسنة (وفيه) انها مختصة باللقطة والتعدى الى كل مال مجهول المالك يحتاج الى دليل (و استدل ) للقول الاخير بانه يكتفى فى امتثال الامر بصرف الوجود من الطبيعة (وفيه) ماتقدم من ان مدرك وجوب الفحص انما هو حكم العقل لا التعبد (فتحصل) ان الاقوى هو القول الاول.

## مصرف مجهول المالك

**(قوله قده ثم الحكم بالصدقة هو المشهور فيما نحن فيه الخ)** هذا هو الموضع الخامس من البحث، والكلام فى هذا الموضع، تارة يقع فى تعيين مصرف مجهول المالك ، واخرى فى ولاية الصرف وانها للحاكم، اولمن يكون المال تحت يده و حيث لاشبهة فى ان الحاكم بنفسه ليس مصرفا لهذا المال فلا وجه لعد الدفع الى الحاكم فى عرض التصدق والامساك كما فى المتن و الحواشى فهيهنا بحثان ( الاول ) فى تعيين المصرف (الثانى) فيمن له ولاية الصرف ، و فى كل منهما تارة يقع البحث فيما تقتضيه القواعد ، واخرى فيما تقتضيه النصوص الخاصة ، فتنقيح القول فى هذا الموضع يقتضى التكلم فى موارد .

الاول فى تعيين المصرف بحسب القواعد والمحتملات متعددة ،تعين الصدقة

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب اللقطة

،وتعين الامساك والحفظ، والتخيير بينهما ، وجواز التملك (اقواها) الاخير، ثم الثاني، و ذلك لان المال الذي يكون الشخص مأيوسا عن الظفر بما لكه لا يعتبرونه العقلاء ملكا لمالكه اذ اعتبار الملكية العقلائي الذي هو الموضوع لا عتبار الشارع لابدوان يكون بلحاظ ثمرة عملية واثر مترتب على الملكية فالملكية التي لايترتب عليها اثرلامعنى لاعتبارها ، وعليه ، فهويخرج عن ملك مالكه بعداليأس عن الظفربه فيكون من المباحات فيجوز تملكه (وبهذا) البيان يمكن الا فتاء بجواز المشي في الشوارع التي استحدثوها التي كانت املاكا للناس و اخذت من مالكيها ظلما و عدوانا ( ولوتنزلنا ) عن ذلك فالمتعين هو الوجه الثاني ، لعدم جواز تملك مال الغير ، والتصدق به (ومااستدل به) على وجوب التصدق ، من انه احسان بالمالك ، و انه اقرب طرق الايصال الى المالك، و ان الابقاء معرض للتلف (كلها كماترى) اذلادليل على جواز الاحسان بمال الغير، و ان شئت قلت انه ليس احسانا فان التصرف في مال الغير بغير اذنه ظلم و اسائة لاعدل و احسان و الدليل انما دل على لزوم ايصال المال الى مالكه لاعلى لزوم اقرب طرق الايصال اليه اوجوازه و كون الابقاء معرضا للتلف لايوجب جواز اتلافه ( لايقال ) انه بعد العلم الا جمالي بتخصيص ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير مالم يحرز رضاه به ، بواحد من التصدق و الامساك للابدية احدهما و كل منهما في نفسه تصرف لم يؤذن فيه لامانع من التمسك بادلة التصدق اذ المانع ليس الاعدم جواز التصرف في مال الغير الساقط في المقام ( فانه يقال ) ان التصدق اتلاف لمال الغير و هو محرم وان لم يكن دليل على حرمة التصرف في مال الغير ، وبعبارة اخرى ،التصدق تصرف و اتلاف فعدم الدليل على حرمته من الجهة الاولى لسقوط مادل على حرمة التصرف لايستلزم سقوط مادل على حرمته من الجهة الثانية ، و ان شئت قلت ، انه انما يحكم بعدم شمول ادلة حرمة التصرف للتصدق و الامساك للعلم بعدم شمولها لهمامعا ، و عليه ، فان كان شمولها لاحدهما دون الاخر ترجيحا بلامرجح لاتشمل

شيئا منهما و الافتشمل ما فيه الترجيح ( و حيث ) ان التصدق يكون اتلافا ايضا فتشمله تلك الادلة خاصة (مع) انه لوسلم شمول ادلة التصدق له من طرف المتصدق لكنها معارضة مع ادلة عدم جواز التصرف فيه من ناحية المتصدق عليه فتتساقطان و يرجع الى اصالة الفساد .

المورد الثاني فيمن له الولاية بحسب القواعد (اقول) لو بنينا على جواز التملك فلامورد لهذا البحث واما لو بنينا على تعين الامساك والحفظ؛ او التصدق او التخيير بينهما ،فان ثبت ان الحاكم ولي الغائب نفسه ـ وان له الولاية العامة فيتعين الدفع اليه ليكون هو المتولي لذلك والا ،فيتولاه الاخذ بنفسه ولايخفى وجهه .

المورد الثالث في تعيين المصرف بحسب النصوص الخاصة . اقول الوجوه المحتملة بل الاقوال المنقولة، كثيرة (الوجه الاول) انذلك يكون للامام (ع) و قداستدل له المصنف ره بخبر (١) داود بن ابي يزيد عن الصادق (ع) قال قال له رجل اني قداصبت مالا واني قدخفت فيه على نفسي فلو اصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت منه قال فقال له ابو عبدالله (ع) لو اصبته كنت تدفعه اليه فقال اي والله قال فانا والله ماله صاحب غيري قال فاستحلفه ان يدفعه الى من يامره قال فحلف قال فاذهب و قسمه بين اخوانك ولك الامن الخ (وفيه) اولا ان الخبر مجهول لحجال (وثانيا) انه يحتمل فيه وجوه ذكرت جملة منها في مرآت العقول (الاول) مافهمه المصنف ره وهو كون مااصابه لقطة من غيره لكنه تكون له ( الثاني ) ان يكون مااصابه لقطة من ماله (ع) فامر بالصدقة على الاخوان تطوعا ( الثالث ) ان يكون مااصابه لقطة من غيره و لكنه علم بموت صاحبه حين السؤال وانه لم يترك وارثا غير الامام (ع) (الرابع) ان يكون ما اصابه من عمال السلطان و كان ذلك ممايختص به اومن الاموال التي له التصرف فيها وقداستظهر المجلسي ره هذا الوجه وكيف كان فمع هذه الاحتمالات لايبقى مورد للاستدلال بهذا الخبر على المقصود (واما) في حاشية السيد الفقيه، يمكن منع الدلالة فان المراد من الصاحب

---

١ـ الوسائل ـ باب ٧ـ من ابواب اللقطة ـ حديث ١

الولى وصاحب الاختيار (فغير سديد) اذالمراد من الصاحب فى الجواب، هو المراد به فى السؤال ومعلوم ان المراد به فيه المالك فتدبر .

الوجه الثانى ان يكون مجهول المالك لمن وضع يده عليه و استدل له المحقق الايروانى ره تبعاً للمحقق الهمدانى قده ( بقوله عليه السلام ) فى صحيح (١) على بن مهزيار كتب اليه ابوجعفر عليه السلام كتابا فيه فالغنائم و الفوائد يرحمك الله فهى الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجائزة من الانسان للانسان التى لهاخطر و الميراث الذى لايحتسب من غير اب ولاابن ومثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله و مثل مال يؤخذ ولايعرف له صاحب ( و فيه اولا ) ان الظاهر من قوله عليه السلام مال يؤخذ هو ارادة اللقطة لامطلق مجهول المالك ، وقددلت النصوص الكثيرة على ان لواجدها تملكها بعد تعريفها حولا (و ثانيا) ان الخبر وارد فى مقام بيان وجوب الخمس فى فى كل غنيمة ومنهامال يوجد ولايعرف صاحبه فغاية مايستفاد منه ان مجهول المالك يجوز تملكه فى الجملة ، واما ان حكمه كذلك مطلقا ام يختص ذلك ببعض اقسامه كاللقطة ، فلايكون الخبر فى مقام بيانه كى يتمسك باطلاقه فيتعين الاخذ بالمتيقن (واما )ماذكره الاستاذ الاعظم ، من ان الخبر ليس صريحافى جواز التملك بعداخراج خمسه وانماهومطلق بالنسبة اليه فيقيد بالروايات الدالة على لزوم التصدق بمجهول المالك (فيرد عليه) ان الظاهر منه بقرينة عده من مصاديق الغنيمة والفائدة هو كونه ملكا لمن وضع يده عليه ، والافلو تعين التصدق لماصح عده من افراد الغنيمة والفائدة .

الوجه الثالث انه يجوز لمن وضع يده عليه ان يعمل فيه ويخرجه صدقة قليلا قليلا حتى يخرج واستدل له(٢) بخبر نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى العبد الصالح عليه السلام لقد وقعت عندى مائتادرهم واربعة دراهم وانا صاحب فندق ومات صاحبها ولم اعرف له ورثة فرأيك فى اعلامى حالها وما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعا ـ فكتب عليه السلام اعمل فيها واخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج (وفيه) اولا ان الخبر مجهول لنصر

---

١ـ الوسائل ـ باب ٨ـ من ابواب مايجب فيه الخمس حديث ٥

٢ ـ الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث الخنثى وماشبهه ـ حديث ٣ـ

وثانيا ، انه لم يفت احد بظاهره لاسيما اذا كان المراد بقوله عليه السلام اعمل فيها، التجارة بها واخراج الصدقة من ربحها (واما) ما اورده عليه الاستاذ الاعظم بان من المحتمل ان صاحب المال قدمات ولم يترك وارثا غير الامام ،وانه عليه السلام بما هو وارث اجاز لصاحب الخان ان يتصرف في ذلك المال ويتصدق به قليلا قليلا ، واحتمال وجود وارث غير الاب والام مدفوع بالاصل واحتمال وجودهما لعله كان مقطوع العدم (فيرد عليه) ان مجرد احتمال كون وجود الاب والام مقطوع العدم لايكفي في الابراد على الاستدلال مع عدم الاستفصال فتدبر .

الوجه الرابع انه يتعين الحفظ والايصاء به عند الوفاة واستدل له بخبر (١) هيثم بن ابي روح صاحب الخان ، قال كتبت الى العبد الصالح عليه السلام اني اتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة لا اعرفه ولا اعرف بلاده ولا ورثته فيبقى المال عندي كيف اصنع به ولمن ذلك المال فكتب (ع) اتركه على حاله (وبعدة) روايات رواها هشام (منها) موثقه المتقدم في الموضع الاول ومنها خبره ( ٢ ) الآخر المروى عن الفقيه سأل حفص الاعور اباعبدالله عليه السلام و انا حاضر فقال كان لابي اجير وكان له عنده شيء فهلك الاجير ولم يدع وارثا ولا قرابة وقد ضقت بذلك فكيف اصنع به فقال عليه السلام رأيك المساكين رأيك المساكين فقلت اني ضقت بذلك ذرعا فكيف اصنع قال عليه السلام هو كسبيل مالك فان جاء طالب اعطيته ومنها ( ٣ ) صحيحه قال سأل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي له من اجره شيء ولا يعرف له وارث قال فاطلبوه قال قد طلبناه فلم نجده فقال مساكين و حرك يديه قال فاعاد عليه قال اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وفيهما نظر ( اما ) الاول فلانه ضعيف السند لان الهيثم مهمل مجهول مع ان الظاهر منه ارادة ما قبل الفحص

---

١ -٢- ٣- الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث الخنثى و ما اشبهه - حديث -٤-١٠-١

واليأس عن الظفر بالمالك (واما) اخبار هشام فيرد عليها (اولا) انه لايبعد اتحاد الاولين وعليه فهى رواية مضطرب المتن اذ فى الاول امر عليه السلام اولا بالدفع الى المساكين ثم قال عليه السلام والافهو كسبيل مالك (وثانيا) ان قوله عليه السلام كسبيل مالك مجمل يحتمل ان يراد به لزوم الامساك والحفظ اى تتحفظ عليه فى ضمن اموالك ويحتمل ان يراد به التملك بالملكية المتزلزلة غير المنافية لوجوب الدفع اذا جاء له طالب (وثالثا) انها ظاهرة فى موت الاجير وعدم وجود وارث له فيكون المال له عليه السلام ويمكن ان يكون المراد به اطلب مالكه الذى هو عليه السلام ولايبين له للتقية (ورابعا) ان موردها الدين وهو ليس فى معرض التلف ومحل الكلام العين الخارجية (وخامسا) ان موردها معلوم المالك الذى لايمكن الوصول اليه فلامساس لها بمجهول المالك .

الوجه الخامس لزوم التصدق به ويدل عليه جملة من النصوص كخبر (١) على ابن ابى حمزة الوارد فى عامل بنى امية وفيه فاخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت له وانا اضمن لك على الله عز وجل الجنة و خبر (٢) على بن ميمون الصائغ عن الصادق عليه السلام عما يكنس من التراب فابيعه فما اصنع به قال عليه السلام تصدق به فاما لك واما لاهله ونحوه خبره (٣) الاخر و خبر (٤) ابى على بن راشد عن ابى الحسن عليه السلام قلت جعلت فداك اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال عليه السلام لايجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلة فى مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت لااعرف لها ربا قال تصدق بغلتها ، وحسن (٥) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام فى رجل ترك غلاما له فى كرم له يبيعه عنبا او عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال لايصلح ثمنه الى

---

١ - الوسائل باب ٤٧ من ابواب مايكتسب به حديث ١

٢-٣ - الوسائل باب ١٦ - من ابواب الصرف حديث ١-٢

٤ - الوسائل باب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

٥ - الوسائل - باب ٥٥ - من ابواب مايكتسب به حديث ١

ان قال ان افضل خصال هذه التى باعها الغلام ان يتصدق بثمنها و مصحح (١) يونس الوارد فى من بقى بعض متاع رفيقه ولايعرف صاحبه ، فقال عليه السلام بعه واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك اهل الولاية قال نعم ، الى غير ذلك من النصوص الواردة فى الموارد الخاصة (وماافاده) السيد فى الحاشية من ان صحيح (٢) معاوية عن الصادق عليه السلام فى رجل كان له على رجل حق ففقده ولايدرى اين يطلبه ولايدرى احى هو ام ميت ولايعرف له وارثا ولانسبا ولاولدا قال عليه السلام اطلب قال فان ذلك قدطال فاتصدق به قال عليه السلام اطلبه ، يدل على عدم جواز التصدق فيعارض النصوص المتقدمة (فى غير محله) اذهو انما يدل على انه لايتصدق مادام يكون مأمورا بالفحص والطلب اى مادام لم ييأس من الظفر بمالكه ، وقدعرفت انه يدل على ذلك غير هذا الصحيح ايضا وبها يقيد اطلاق هذه النصوص ، وتختص هذه بما اذا يأس عن الظفر بمالكه بل يستفاد منه ان وجوب التصدق به كان مغروسا فى ذهن السائل وانما سئل عن ان طول المدة هل يوجب سقوط الطلب ام لا فاجاب عليه السلام بعدم موجبيته له (وبما) ذكرناه ظهر مدرك القول بالتخيير بين التصدق والامساك الذى اختاره السيد ره ، والقول بالتخيير بينهما و بين التملك والجواب عنهما اذ لامنشأ لهما سوى ان ذلك مقتضى الجمع بين النصوص (وحيث) عرفت عدم دلالة ما استدل به على التملك والامساك عليهما فالمتعين هو التصدق خاصة.

المورد الرابع فى بيان تعيين من له ولاية الصرف بعد ملاحظة النصوص الخاصة والاقوال فى ذلك اربعة (الاول) انها للحاكم مطلقا (الثانى) انها لمن وضع يده على المال ، (الثالث) ثبوت الولاية لكل منهما (الرابع) التفصيل بين الدين والعين ، فتكون الولاية للحاكم فى الاول و للاخذ فى الثانى .

وقد استدل للاول (بان) النصوص الآمرة بالتصدق واردة فى بيان المصرف ولاتكون متعرضة لحكم مباشرة التصدق فيتولاه الحاكم ولاية (وبانها) وان تضمنت

---

١ـ الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب اللقطة ـ حديث ٢

٢ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب ميراث الخنثى وماشبهه ـ حديث ٢

الاذن فی مباشرة الآخذ للتصدق الان الظاهر منها ولااقل من المحتمل انه اذن منه ﷺ للسائل بمباشرة التصدق بالولاية الشرعية لانه بيان الحكم الشرعی من هذه الجهة فيتولاه الحاكم حسبة ـ و فيهما نظر (اما الاول) فلان النصوص كالصريحة فی الامر بمباشرة التصدق (واما الثانی) فلان الظاهر من كلمات الشارع الاقدس وخلفائه المعصومين عليهم السلام الواردة فی مقام الجواب عن السؤال عن الوظائف الشرعية هو ورودها لبيان الحكم الشرعی فظاهر النصوص هو بيان الحكم الشرعی حتی من حيث مباشرة التصدق وبذلك ظهر مدرك القول الثانی .

واستدل للقول الثالث بوجوه (الاول) ان ذلك مقتضی الجمع بين هذه النصوص وبين مادل علی ولاية الحاكم الشرعی علی الغائب (الثانی) ان للحاكم ولاية علی مستحقی الصدقة فكما يجوز الدفع اليهم انفسهم كك يجوز الدفع الی وليهم (الثالث) ان الحاكم اعرف بمواقعها ممن وضع يده عليها ـ وفی الكل نظر (اما الاول) فلان ولاية الحاكم انما تكون من باب الحسبة ولم يثبت ولايته علی الغائب من غير هذه الجهة و عليه فلا بد من الاقتصار علی المتيقن وهو ما اذا لم يكن له ولی آخر و حيث ان مقتضی النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للاخذ فلا يبقی مورد لولاية الحاكم (واما الثانی) فلانه مضافا الی عدم ولايته علی المستحقين بعد كونهم ممن يمكن الوصول اليه ، ان مقتضی اطلاق نصوص الباب عدم ثبوت الولاية له ( واما الثالث ) فلان مقتضاه ان تعيين مصرف مجهول المالك ليس من وظيفة الجاهل بل هو وظيفة العالم وهذا امر لاينكر و اما بعد الرجوع اليه و تعيينه المصرف فهل يجب اويجوز الدفع اليه ام لا ، فهذا الوجه لايدل علی شیء منها .

واستدل للقول الرابع (بان) الكلی لايتشخص للغريم الابقبض الحاكم الذی هو وليه وهذا بخلاف العين الخارجية فانها متعينة فی نفسها ( وفيه) ان مقتضی النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للآخذ مطلقا (فتحصل) ان الاقوی عدم اعتبار اجازة الحاكم فی صرف مجهول المالك وانه لايجب بل لايجوز الدفع اليه ، الا بعنوان توكيله فی ايصاله

الى موارده نعم ، الاحوط اختيار احد الامرين للقول بوجوبه .

**(قوله قده ثم ان حكم تعذر الايصال الى المالك المعلوم تفصيلا الخ)**

اقول ان المستفاد من النصوص المتقدمة الامرة بالتصدق بمجهول المالك ان الموجب لذلك ومناطه هو تعذر الايصال الى المالك ، وعليه ، فلافرق بين ان يكون المالك مجهولا بقول مطلق وبين كونه مرددا بين اشخاص غير محصورين و بين كونه معلوما يتعذر الوصول اليه .

تنبيهات (الاول) ان هذا الحكم اى التصدق انما يتعين مالم يحرز رضا صاحب المال بصرفه فى جهة خاصة والافلاريب فى عدم وصول النوبة الى التصدق بل بصرف فيما احرز رضا صاحبه بصرفه فيه (وعليه) فيخرج سهم الامام عليه السلام عن موضوع هذا المبحث للعلم برضاه عليه السلام بصرف سهمه فى تشييد الدين واعلام كلمة الاسلام ومن ذلك اعطائه لاهل العلم .

الثانى الظاهر من بعض المحققين ره انه ينوى الصدقة عن المالك ، و لكن مقتضى اطلاق الاخبار عدم تعين نية ذلك ، وعلى فرض اعتبارها لايلزم ان ينوى كونها عنه لو اجاز بعد تبينه ، وعن نفسه ان ردها ، بل ينوى عن المالك والنص دل على انها تحسب له ان ردها .

الثالث ان ظاهر خبرى ابن ميمون جواز ان يبيع المال و يتصدق بثمنه ، و لكن الا حوط لزوما اعطاء نفس العين ، لضعف الخبرين سندا ـ فالبيع تصرف لم يؤذن فيه .

الرابع اذا مات المالك فان علم بوجود الوارث له يتصدق عنه ، و ان علم بعدم وجوده يكون المال للامام لانه وارث من لاوارث له ، و ان شك فى وجود الوارث حتى الاب و الام فيلحقه حكم مجهول المالك لاطلاق الاخبار ، وان شك فى وجوده مع العلم بموت ابيه وامه ، فهل يلحقه حكم مجهول المالك لاطلاق الاخبار ام حكم ميراث من لاوارث له ، لاصالة عدم وارث آخر والمفروض ان الحكم معلق على

عدم الوارث وجهان اقواهما الثاني.

(**قوله قده ثم ان مستحق هذه الصدقة هو الفقير الخ**) اقول يشهد له مضافا الى ما افاده المصنف ره من ان المتبادر من اطلاق الامر بالتصدق هو ذلك الاية الشريفة (١) «انما الصدقات للفقراء و المساكين» و جملة من النصوص (وبذلك) يظهر ضعف ما عن الجواهر من انه يجوز اعطاء هذه الصدقة للاغنياء ايضاً عملا باطلاق النصوص (واضعف) منه ما ابتنى عليه من جواز اعطاء مال الامام عليه السلام للاغنياء بدعوى ان المالك و ان كان معلوما الا انه لتعذر الوصول اليه يتصدق عنه، لما عرفت من ان سهم الامام خارج عن هذا المبحث موضوعا.

(**قوله قده وفى جواز اعطائها للهاشمي قولان الخ**) قد استدل على عدم الجواز فى مقابل المطلقات المقتضية للجواز بانها صدقة واجبة فاذا كانت عن غير هاشمي تحرم على الهاشمي لما دل على ان الصدقة الواجبة محرمة على الهاشمي اذا كانت عن غير الهاشمي كخبر (٢) جعفر بن ابراهيم الهاشمي عن الصادق عليه السلام قلت له اتحل الصدقة لبني هاشم فقال عليه السلام انما الصدقة الواجبة على الناس لاتحل لنا فاما غير ذلك فليس به بأس الخ (و فيه اولا) ان الاظهر تبعا لجمع من الا ساطين كالسيد و الشيخ والعلامة والمحقق وغيرهم - حلية الصدقات الواجبة غير الزكاة على الهاشمي (ويشهد له) جملة من النصوص المفسرة للصدقة الواجبة المحرمة على بني هاشم كخبر (٣) اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام عن الصدقة التى حرمت على بنى هاشم ماهي فقال عليه السلام هى الزكوة ونحوه خبر (٤) زيد الشحام (وثانيا) انه لو سلم حرمة الصدقات الواجبة على الهاشمي مطلقا، لايجرى هذا الحكم فى المقام اذ الصدقة لا تكون واجبة بعنوانها فى المقام بل تكون واجبة من جهة انطباق عنوان عرضى عليها نظير ما لو نذر ان يتصدق يوم الجمعة بدرهم، و ان شئت قلت انها صدقة مندوبة عن المالك و ان وجبت على من

---

١- التوبة آية ٦١

٢ - الوسائل - باب ٣١ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٣

٣ - ٤ - الوسائل - باب ٣٢ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٥ - ٢

تحت يده فهو نظير مالو آجر زيد شخصا و وكله فى ان يتصدق عنه ، فالاظهر جواز اعطائها للهاشمى ، هذا اذا كانت الصدقة لغير الهاشمى، والافلا كلام فى الجواز.

## التصدق بمجهول المالك لايوجب الضمان

(قوله قده ثم ان فى الضمان لوظهر المالك الخ) اقول فى ضمان من تصدق بمجهول المالك لو ظهر مالكه بعد التصدق ولم يرض به ،وجوه و اقوال (الاول) الضمان مطلقا (الثانى) عدمه كك (الثالث) التفصيل بين ما اذا كان المال مسبوقا باليد العادية فيحكم بالضمان و بين عدمه فيحكم بعدمه. و تنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى مقامات (الاول) فيما يستفاد من النصوص الخاصة (الثانى) فى مفاد الادلة الاجتهادية العامة (الثالث) فى ماتقتضيه الاصول العملية .

اما المقام الاول فالظاهر انها تقتضى عدم الضمان مطلقا ، و ذلك لوجهين (الاول) ان خبر على بن ابى حمزة الوارد فى قصة عامل بنى امية المتقدم كالصريح فى ذلك اذ العامل قد طلب من الصادق عليه السلام المخرج عما اخذه من اموال الناس فجوابه عليه السلام بالتصدق بما تحت يده ان لم يعرف صاحبه وضمانه له بذلك الجنة ، كالصريح فى عدم الضمان اذ لو كان التصدق موجبا للضمان لما جعله عليه السلام مخرجا له (الثانى) اطلاق النصوص الامرة بالتصدق (لا) بدعوى ان الاذن فى التصدق بما هو مسقط له الان يعلم انه على وجه الضمان ، كى يرد عليه بان مطلق الاذن لاحكم له بل الضمان معلق على كون الاذن ضمانيا ، وعدمه على كونه مجانيا و بعبارة اخرى الرافع للضمان هو اسقاط الاحترام الذى لا يصدق الامع الاذن المجانى (ولا) بدعوى ان المستفاد من النصوص بدلية يد الفقير من يد المالك ليكون الواقع فى يد الفقير كالواقع فى يد المالك (بل) لان الظاهر ورودها فى مقام بيان كل حكم متعلق بالمال المجهول مالكه اذ السائل انما كان يسأل عما هو وظيفته الشرعية بالنسبة الى ذلك المال فجوابه عليه السلام بالامر بالتصدق والسكوت عن الضمان يكون دالا على عدمه.

وقد استدل على الضمان فى مقابل ذلك بوجوه (منها) ان المرسلة التى تقدم ذكرها وهى ما عن السرائر روى انه بمنزلة اللقطة تدل عليه (ومنها) استفادة ذلك من خبر ايداع اللص المتقدم ( و منها ) استفادته من النصوص الواردة فى اللقطة ـ وفى الكل نظر (اما الاول) فلانه مضافا الى ارسالها لم يثبت كونها غير خبر ايداع اللص كما اعترف بذلك المصنف ره فيما تقدم ( و اما الثانى) فلما تقدم من عدم التعدى عن مورده و ما ذكره المصنف ره فى المقام فى وجه التعدى من انه يستفاد منه ان التصدق على هذا الوجه حكم اليأس عن المالك ـ قد مر الجواب عنه فراجع ، (واما الثالث) فلان التعدى عن نصوص اللقطة يتوقف على احراز عدم الخصوصية وهو كما ترى كيف ويجوز تملك اللقطة و لا يجوز ذلك فى المقام (فتحصل) انه بحسب النصوص الخاصة الاظهر هو عدم الضمان مطلقا ـ وعلى ذلك فلا يبقى مجال للتكلم فى المقامين الآخرين وانما يتكلم فيهما على فرض التنزل وعدم استفادة ذلك من النصوص.

و اما المقام الثانى فملخص القول فيه ، ان دليل الضمان ، احد امور ثلاثة ـ قاعدة اليد ـ و قاعدة الا تلاف ـ و الدليل الخاص ، اما الاخير فمفروض العدم فى المقام ، و اما قاعدة الا تلاف فحيث لا كلام فى ان التصدق حين وقوعه لايقع عن المتصدق لعدم نفوذ الصدقة بمال الغير اذ لا صدقة الا فى ملك ، و كك لا كلام فى ان التصدق لا يكون مراعى كالفضولى اذ لم يقل احد برجوع المالك علـى الفقير وعدم جواز تصرف الفقير فيه ، فلا محالة يقع التصدق عن المالك ، ويعود نفعه اليه فعلى ذلك يمكن دعـوى عدم شمول القاعدة للمقام بوجهين (الا ول) انه لو كانت هى شاملة له لزم القول بثبوت بدله فى ذمة المتصدق ، وحيث انه ايضا مجهول المالك لزم التصدق به وهكذا فيلزم التسلسل فيستكشف من ذلك عدم الضمان بالصدقة (الثانى) ان مقتضى الاية الشريفة(١) «ما على المحسنين من سبيل» التى حكموها على قاعدة اليد عدم الضمان و هى تقدم على قاعدة الا تلاف.

---

١ ـ التوبة آية ٩٢

ثم ان المصنف ره ذكر فى وجه عدم شمولها للمقام امرين (الاول) ان الظاهر من دليل الاتلاف هو الاتلاف على المالك، لاالاتلاف له والاحسان اليه و استجوده السيد ره فى الحاشية وتبعهما الاستاذ الاعظم، (و فيه) انه لاوجه لهذا الاستظهار بعد عموم الدليل سوى دعوى الانصراف و هو لو سلم بدوى يزول لايعتمد عليه، الا ترى افتاء الفقهاء بضمان من قدم طعام المالك الى نفسه فاكله من غير اطلاع منه بانه طعامه (الثانى) ان الظاهر من دليل الاتلاف كونه علة تامة للضمان وليس كك فيمانحن فيه لماتسالم الفقهاء عليه من انه لورضى المالك بالتصدق لا ضمان عليه فلا محالة على فرض الضمان يكون الاتلاف جزء العلة و جزئها الاخررد المالك او عدم اجازته فهو لايشمل المقام (وفيه) انه مع قطع النظر عماذكرناه اذا احتملنا ثبوت الضمان من حين التصدق على تقدير الرد او عدم الاجازة يكون العموم المذكور دليلا عليه ويثبت به الضمان على هذا التقدير من حين التصدق لامن حين الرد كى يرد المحذور المتقدم (مع) ان مقتضى العموم المزبور ثبوت الضمان من حين الاتلاف وفى المقام اذا ثبت عدم الضمان الى حين الرد يكون ذلك مخصصا له بالنسبة الى هذه القطعة من الزمان واما بعدها فلامانع من التمسك به فتدبر.

و افاد بعض مشايخنا المحققين ره فى وجه عدم شمول القاعدة للمقام بان الاتلاف ظاهر فى اتلاف الذات والتصدق بالمال اتلاف لوصف ماليته ولاينصرف اليه اطلاق الاتلاف بل خلاف ظاهره (وفيه) ان الاتلاف ليس الا اخلاء كيس المالك منه الصادق فى المقام فالصحيح هو ماذكرناه (واما قاعدة اليد) ففيما اذا كانت يد المتصدق يد امانة مالكية اوشرعية لامورد لها اصلا، كمالايخفى وفيما اذا كانت مسبوقة بالضمان يشهد لعدم شمولها للمقام الوجه الاول الذى ذكرناه فى قاعدة الاتلاف (واما) ماافاده بعض المحققين ره من انه يدل على عدم الضمان عموم ما على المحسنين من سبيل بدعوى ان المتصدق فى تصدقه محسن الى المالك لان نفعه راجع اليه فقد تقدم الجواب عنه مفصلا وعرفت ان الاية انما تدل على انه لامقتضى لضمان المحسن

وقاعدة اليد تدل على ثبوت المقتضى له مالم يتحقق الاداء الى المالك، ومن البديهى ان مالا اقتضاء له لايزاحم ماله الاقتضاء (فتحصل) انه بحسب القواعد لايمكن اثبات الضمان فى المقام مع انه لوسلم اثباته بها يتعين الخروج عنها بالادلة الخاصة الواردة فى المقام الدالة على عدم الضمان كماعرفت .

واما المقام الثالث فان كانت اليد الموضوعة على مجهول المالك ابتداءاً يدامانة يجرى استصحاب عدم الضمان لانه يشك فى حدوث الضمان به فيجرى استصحاب عدمه وان كانت يده مسبوقة بالضمان (فان قلنا) ان حقيقة الضمان هى اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف و اما حال قيام العين فلا تكليف الا باداء نفس العين فمقتضى الاستصحاب ايضا عدم الضمان لانه يشك فى اشتغال الذمة بالبدل بالتصدق فيستصحب عدمه و كون اليد يدضمان قبل التصدق بمعنى اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بغير الصدقة لايكفى فى استصحاب الضمان واثبات اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بالصدقة فانه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى آخر و ليس هذا شأن الاستصحاب (و اما) ان قلنا بان حقيقة الضمان هى كون العين فى العهدة الى حين ردها اوبدلها كماهو الصحيح فيجرى فى هذه الصورة استصحاب الضمان لان الشك ح يكون فى سقوطه بالتصدق و على ذلك فان ثبت عدم الفصل بين الصورتين تعارض الاستصحابان، فيرجع الى البرائة وبماذكرناه ظهر مافى كلمات المصنف ره فى هذا المقام فتدبر .

(قوله قده ثم الضمان هل يثبت بمجرد التصدق الخ) قبل الدخول فى البحث لابد وان يعلم انه بناءاً على ماعليه الحق من ان العين بنفسها تستقر فى الذمة والعهدة الى حين الاداء وان تلفت قبله لامجال لهذا البحث لعدم ترتب ثمرة عليه اذ على جميع الوجوه يجب اداء قيمة يوم الاداء لاقيمة يوم الاخذ ولاقيمة يوم التصدق و لاقيمة يوم الرد و لاغير ذلك من المحتملات فالثمرة لهذا البحث تظهر بناءاً على انه بتلف العين ينتقل بدلها من المثل او القيمة الى الذمة فانه على القول بالضمان من حين التصدق يجب اداء قيمة ذلك اليوم ، وعلى القول بالضمان من حين الرد يجب

اداء قيمة يوم التغريم .

ثم ان المصنف ره ذكر وجوها ثلثة فى المسالة، الضمان بالتصدق، والضمان بالرد من حينه، والضمان بالرد من حين التصدق (واستدل للاول) بدليل الاتلاف والاستصحاب والظاهر ان مراده بالاستصحاب استصحاب بقاء ضمان اليد فيما اذا كانت اليد يد ضمان الذى استدل به سابقا فان مقتضى استمرار الضمان مع فرض خروج العين بالتصدق عن كيس المالك وتلفها عليه- اشتغال الذمة بالبدل من حينه ( اقول) يرد على الاول ماعرفت من انه على فرض شمول دليل الاتلاف للمقام يمكن الالتزام بكونه سببا للضمان من حين الرد لاحظ ما اوردناه على الوجه الثانى من الوجهين الذين ذكرهما لعدم شموله للمقام. ويرد على الثانى ماستعرف عند بيان ماهو الحق عندنا (واستدل للثانى) باصالة عدم الضمان قبل الرد و الظاهر ان مراده بها اصالة البرائة عن الضمان التى اشار اليها آنفا ( واستدل ) للقول الثالث بظاهر خبر الودعى و تقريب الاستدلال به، انه لاريب فى ظهوره فى ان الاجر على تقدير اختياره انما يثبت من حين التصدق فبقرينة المقابلة يستكشف منه ثبوت الغرم ايضا كك (وفيه) ماستعرف من ثبوت الاجر له على كل تقدير من حين التصدق الى حين الرد فانتظر .

و الحق فى المقام ان يقال بناءاً على القول بالضمان ، انه لاريب فى ان الصدقة حين وقوعها تقع عن المالك كما تقدم ـ ويقع الاجر له و ليس ذلك مراعى بالاجازة وعدم الرد ، والالزم عدم ثبوت الاجر له اذا لم يظهر المالك و هو خلاف النص والفتوى ، ومع ثبوت الاجر له لامعنى للضمان ولذا لو رد و بنينا على الضمان يكون الاجر للمتصدق ( مع ) ان ثبوت الضمان من حين التصدق و كون الاجازة و عدم الرد رافعة له ، مضافا الى ورود المحذور العقلى المتقدم عليه من لزوم التسلسل لازمه اشتغال ذمة المتصدق واقعا لو لم يظهر المالك و يترتب عليه ما يترتب على ساير ديونه وهو مقطوع العدم ـ فالاظهر على القول بالضمان ثبوته من حين الرد .

(قوله قده و لومات المالك ففى قيام وارثه مقامه الخ ) اقول تحقيق القول فى المقام انه تارة يكون موت المالك قبل التصدق و اخرى يكون بعده (فان كان )قبله لاينبغى التأمل فى قيام وارثه مقامه لانه حين التصدق كان مالكا لامورثه (و ان كان ) بعده ، فان قلنا بثبوت الضمان فى الفرع السابق من حين التصدق و الاجازة رافعة له ، لامحالة يقوم الوارث مقامه فانه من قبيل ساير الديون و اما ان قلنا بعدم ثبوت الضمان الابالرد ، فالظاهر انه لايقوم مقامه اذالوارث لايكون مالكا حتى يثبت له هذا الحق (ودعوى)ان هذا الحق الثابت للمورث بنفسه ينتقل الى الوارث (مندفعة ) بان من الحقوق مايكون قائمابالشخص و لايقبل الانتقال و هو لايكون متروكا بعد الموت بل به ينعدم فلاشىء حتى يكون لوارثه و ان شئت فعبر عنه بالحكم و حيث انه من المحتمل كون هذا الحق من قبيل ذلك فلادليل على ثبوته للوارث وبماذكرناه ظهر مافى كلمات المصنف ره .

(قوله قده و لومات المتصدق فرد المالك فالظاهر خروج الغرامة الخ)

اقول خروج الغرامة من ماله يبتنى على القول بضمانه من حين التصدق فانه يكون مديونا فيخرج دينه من ماله و امـا على القول بضمانه من حين الرد فحيث انـه يحتمل كون ذلك من قبيل الاحكام لا الحقوق القابلة للانتقال فلا وجـه للتعدى عن المتصدق الى ورثته ـ كمالايتعدى من المالك الى ورثته كما عرفت ، وبذلك ظهر انه لاوجه لاستظهار المصنف اخراج الغرامة من تركته مع تردده فى المسألة السابقة.

(قوله قده و لودفعه الى الحاكم فتصدق به بعد الياس الخ) اقول ان بنينا على ثبوت الولاية للحاكم على الغائب ومن بحكمه من الحاضر غير المعروف بعينه ، لودفع من وضع يده على مجهول المالك الى الحاكم لايكون ضامنا وان لم يقصد الدفع اليه بعنوان انه ولى ، اذدفع مال المولى عليه الى وليه يوجب سقوط الضمان وان لم يقصد ذلك ، وان بنينا على عدم ثبوت الولاية له كما هو الاظهر لعدم الدليل عليه فالدفع اليه لايوجب رفع الضمان كما تقدم ،هذا بالنسبة الى الدافع و اما

الحاكم فان تصدق بالمال ثم ظهر المالك ولم يرض به وبنينا على ثبوت الضمان اذا باشر الدافع اليه التصدق ، يكون هو ايضا ضامنا ان كان مكلفا بالتصدق نفسه ، و ان كان وكيلا فى الدفع الى الفقراء يكون الضامن هو الموكل كما لا يخفى (ثم انه) ان صار الحاكم ضامنا هل يدفع البدل من بيت المال كما عن الاستاذ الاعظم، لما دل على انما اخطأت القضاة فهو من بيت المال ام من مال نفسه وجهان (اقواهما) الثانى لان دليل ما اخطأت القضاة لا يشمل مثل المقام مما يكون التصدق لا بما هو حاكم بل من جهة ان فى يده مجهول المالك .

## الصورة الرابعة

(**قوله قده واما الصورة الرابعة وهى ما علم اجمالا اشتمال الجائزة على الحرام الخ** ) محصل القول فيها ، ان الاشتباه تارة يكون موجبا لحصول الاشاعة كخلط السمن بالسمن ، واخرى لا يكون موجبا لذلك كما اذا اجازه الظالم فراشين علم ان احدهما له والاخر غصب .

اما فى المورد الاول فقد يكون المالك ، و مقدار الحرام ، معلومين ، وقد يكونا مجهولين . و قد يكون المقدار معلوما و المالك مجهولا ، و قد يكون بعكس ذلك ، قال المصنف ره و على الاول فلا اشكال ( اقول ) انه ان كان الخلط على نحو الاشاعة الواقعية كما اذا اعطاه الجائر مالا مشتركا بينه و بين غيره من دون اذن من ذلك الغير يجب دفع حصة الغير اليه ، وان كان على وجه الامتزاج الموجب للاشاعة الظاهرية يجب دفع ما يعادل حصته من المجموع ،هذا اذا لم يكن على وجه الاستهلاك (وان كان) على ذلك الوجه فان لم تكن المالية باقية ايضا لا يكون عليه ضمان ان لم يكن بفعله ، وان كان بفعله ضمن قيمة التالف ، وان كانت المالية باقية ، فهل يكون ذلك موجبا للشركة فى العين ، ام يجب دفع قيمة ماله الذى يعتبر موجودا بماليته وان لم يكن موجوداً بعينه وجهان .

وعلى الثانى وهو ما اذاكان المالك و المقدارمجهولين ( فالمشهور ) بين الاصحاب اخراج الخمس(وعن) العمانى والاسكافى والمفيد وسلار وسيد المدارك و غيرهم عدم الوجوب وعدم حليته بالتخميس (والمحقق) الهمدانى ره قوى التخيير بين التخميس وبين التصدق بجميع مافيه من الحرام باى وجه امكن (وعن) بعض المحققين حليته بدون التخميس والتصدق (والاقوى) هوالاول ، وقد اشبعنا الكلام فيه فى الجزء السادس من هذا الشرح .

وعلى الثالث وهوما اذاكان المقدارمعلوما والمالك مجهولا ، يجب التصدق كساير افرادمجهول المالك كماهو المشهور (وعن) ظاهر النهاية والغنية والوسيلةو النافع والشرايع والتبصرة واللمعةوجوب الخمس فى هذاالفرض ايضا ولم يستبعدالسيد فى الحاشية قوته واختاره صاحب الحدائق ، (وقوى) الشيخ الاعظم فى كتاب الخمس لزوم دفع ذلك المقدار خمسالا صدقة قل او كثر ، والاول اقوى ، وقد حققناه فى الجزء السادس من هذا الشرح ولعله يظهر مما قدمناه فى الصورة السابقة .

وعلى الرابع وهو مااذاكان المالك معلوما و المقدار مجهولا ، ففى المتن وجب التخلص بالمصالحة (وعن) العلامة ره فى التذكرة تعين تخميسه وحلية المال به ان لم يرض بالصلح (وعن) جماعة دفع الاقل المعلوم الى المالك والرجوع فى الزايد المشكوك فيه الى القرعة وقواه الشيخ الاعظم ره فى بعض الصور (وعن) كشف الغطاء وجوب صلح الاجبار واستقرب المحقق الهمدانى ره وجوب اعطاء الاكثر ، (والاظهر) وفاقا للجماعة وجوب دفع الاقل والاكتفاء به اذاكان المال فى يده لان فى المقدار الزايد المشكوك فيه يرجع الى قاعدة اليد الحاكمة بالملكية بناءاً على ما هو الحق من انها امارة للملكية بالنسبة الى الشخص نفسه (واما فى المورد الثانى) فالمصنف ره قال بتعين القرعة اوالبيع والاشتراك فى الثمن ، ولكن الاظهر جريان الاقسام الاربعة المذكورة فى المورد الاول فى هذا المورد وذكرنا تفصيل ذلك فى الجزء السادس .

**(قوله قده و اعلم ان اخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الاخـذ**

**الى الاحكام الخمسة الخ)** مراده بذلك ان الاخذ باعتبار العناوين الثانوية المنطبقة عليه ينقسم الى احكام خمسة ، فاخذ مال الغير من دون رضاه حرام واخذ حق الناس من الجائر قد يكون واجبا ، واخذ المال منه مع عدم العلم بالحرمة لمصلحة كتزويج عزاب آل ابي طالب مستحب، واخذ المشتبه منه مكروه على المعروف واخذ المال منه لغير ماذكر مباح ، (وعليه) فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايرواني ره من ان الاخذ لاحكم له بنفسه سوى الاباحة.

**(قوله قده و باعتبار نفس المال الى المحرم الخ)** اقول (المحرم) ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالاخذ (والمكروه) ماذكره المصنف ره وهو المال المشتبه ، و قد تقدم الكلام فيه مفصلا ، و عرفت في اول هذا المبحث انه لادليل على كراهته (والواجب) قدمثل له المصنف ره بمايجب استنقاذه من يده من حقوق الناس اقول لادليل على وجوب استنقاذ حقوق الناس منه ان امكن ، نعم لو كان مال الغير تحت يده وغصبه الجائر يجب استنقاذه منه ان تيسر لوجوب رده الى مالكه ويكون هذا مقدمة له والاولى اضافة (المباح) اليها لان اخذ مال الغير منه مع احراز رضا صاحبه مباح .

**(قوله قده حتى انه يجب على الحاكم الشرعي استنقاذ الخ)** اقول لااشكال في جواز ذلك ،و اما وجوبه ، فلم اجد مايمكن الاستدلال به له ، سوى ما عن بعض من انه ولي بيت مال المسلمين فيجب عليه حفظه عن التلف و اخذه من ذمم الناس و لو بالمقاصة من اموالهم ، و لكن يمكن المناقشة فيه ، اذ كونه وليا يقتضي عدم جواز اتلاف بيت المال و وجوب حفظه عن التلف واما وجوب اخذه من الذمم مع عدم دخول عدم الاخذ في اتلافات الولي ، فهو لايدل عليه ، الا ان الانصاف كون عدم الاستنقاذ منه خلاف الحفظ الراجع اليه و يعد من خياناته واتلافاته فالاظهر وجوبه ـ و اما جوازه ـ لآحاد المستحقين مع اذن الحاكم فلا كلام فيه، واما جوازه لهم من دون الاستيذان ،فلعل وجهه انه يصدق على كل فرد منهم انه ذو الحق لثبوت ذلك بالنسبة الى الكلي المنطبق عليه .

**(قوله قده وكيف كان فالظاهر انه لااشكال فى كون ما فى ذمته الخ)**
الى هنا كان الكلام فى حكم اخذ المال من الجائر ، و الكلام فعلا يقع فى حكم الجائر نفسه ( اقول )ان كان ما اخذه ظلما باقيا يجب رده الى صاحبه و ان كان تالفا يجب رد بدله لقاعدة ضمان اليد و الاتلاف هذا اذا كان حيا و ان مات فان كان مال الغير باقيالا كلام فى وجوب رده الى مالكه و ان كان تالفا كان بدله من جملة ديونه فيخرج من اصل التركة (وخالف) كاشف الغطاء فى ذلك ومنع كونه من الديون فلايلحقه حكمها من التقديم على الوصايا والمواريث واستدل له بوجهين (الاول) انمادل على ان الدين يخرج من اصل التركة منصرف عن مثل هذا الدين (الثانى) ان السيرة القطعية قائمة على ان الضمانات الثابتة فى امثال المقام لاتخرج من اصل التركة (اقول) يرد عليهما ماذكره المصنف ره ( اما الاول ) فلمنع الانصراف ، اذلافرق فى وجداننا بين اتلاف الظالم وبين اتلاف غيره وايضا لافرق بين اتلافه نسيانا، ام عدوانا (مع) انه لااشكال فى اجراء احكام الدين عليه فى حال حياته فاى فرق فى احكام الدين بين حال حياته ومماته (واما الثانى) فلان هذه السيرة لوتمت ناشئة عن قلة المبالات بالدين لايعتمد عليهافى رفع اليدعن الادلة .

## الحقوق الثابتة فى الاموال ثلاثة

**( قوله قده الثالثة مايأخذه السلطان المستحل لاخذ الخراج الخ)** اقول لابد من التنبيه على امر قبل الشروع فى هذا المبحث، وهو ان الحقوق الثابتة فى اموال الناس متعددة (منها) الخمس (ومنها) الزكاة (ومنها) الخراج والمقاسمة وهمامايجعل على الاراضى الخراجية وهى الارض التى فتحت عنوة اوصلحا على ان يكون الارض للمسلمين، قال المقدس الاردبيلى، الخراج على مافهم من كلامهم انه كالاجرة المضروبة على الارض التى فتحت عنوة وكانت عامرة حين الفتح وفى معناه المقاسمة سواء كانت عين حاصل الارض كالثلث اومن النقد بل غيره ايضا،وقيل انه مختص بالقسم الثانى

والمقاسمة بالاول (وعليه) فالاولى جعل الاخيرين قسما واحدا، والظاهر ان الخراج هو الاعم مما يؤخذ من حاصل الارض ومما يؤخذ ضريبة المعروف في ايران «بالماليات» كما صرح به المحقق النائيني ره (و منها) مايجعل على ارض الجزية وهى الارض التى صولح عليها على ان يكون الارض لهم و عليهم كذا وكذا من المال او الثلث او الربع او نحوهما من حاصل الارض، من غير فرق بين جعل الجزية على الرؤوس او ان تكون الجزية من باب حق فى الارض (ومنها) ماإذا كانت الارض اسلم اهلها طوعا اذ اتركوا اعمارتها فان للامام تقبيلها ممن يعمرها و يؤدى طسقها على ماذكره المشهور ، ولابأس بتعميم الخراج بنحو يشمل هذين الحقين الاخيرين وعلى ذلك فالحقوق ثلاثة .

اذاعرفت هذا فاعلم ان الكلام يقع فى جهات (الاولى) اذا اخذ السلطان الجائر الحقوق المذكورة من المسلمين فهل تبرء ذممهم عنها كماهو المشهور بل فى الجواهر نفى الخلاف عن ذلك ام لا كماهو الظاهر من المصنف ره حيث قال وكيف كان فما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه الخ وجهان (اقول) مقتضى القاعدة وان كان هو الثانى لفرض عدم صرف المال فى محله وعدم اعطائه لاهله، ولكن يدل على الاول ( مضافا ) الى امكان استفادة براءة الذمة من النصوص الاتية الدالة على جواز اخذ تلك الاموال من الجائر . اذ لو لم تكن ذمة المعطى بريئة . و كان المال باقيا على ملكه وجب الرد اليه ولم يجز اخذه والتصرف فيه، جملة من النصوص كصحيح(١) يعقوب بن شعيب قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن العشور التى تؤخذ من الرجل ايحتسب بها من زكاته قال عليه السلام نعم ان شاء وصحيح (٢) عيص بن القاسم عنه عليه السلام فى الزكاة مااخذ منكم بنوامية فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئا مااستطعتم فان المال لايبقى على هذا ان يزكيه مرتين، ونحو هما غيرهما مما ورد فى الزكاة والخمس ( بل) الظاهر من بعض النصوص جواز احتساب مايأخذه الجائر بعنوان الخراج زكاة كصحيح(٣) رفاعة قال سألت

---

١ - ٢ - الوسائل - باب - ٢٠ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١ - ٣ -
٣ - الوسائل - باب ١٠ من ابواب زكاة الغلات حديث ٢

الصادق عليه السلام عن الرجل له الضيعة فيؤدى خراجها هل عليه فيها عشر قال عليه السلام لا ، وقريب منه غيره، ولكن لم يعمل بها احد كما فى الجواهر (واما) ماظاهره عدم جواز الاحتساب كصحيح (١) زيد الشحام قال للصادق عليه السلام جعلت فداك ان هؤلاء المصدقين يأتونو يأخذون منا الصدقة فنعطيهم اياها اتجزى عنا قال عليه السلام لا انما هؤلاء قوم غصبوكم اوقال - ظلموكم اموالكم وانما الصدقة لاهلها - فمحمول على صورة التمكن من عدم الدفع - اوعلى استحباب الاعادة كما عن الشيخ فى التهذيب.

## لايجوز للجائر اخذ تلك الحقوق

الجهة الثانية هل يجوز للجائر اخذ الحقوق المذكورة من الناس ام لا - قد يقال - بان الولاية وان كانت للسلطان العادل وتصدى الجائر وتقمصه بذلك القميص غصب وحرام واثم - الا انه بعد تصديه لذلك المقام له التصرف فى تلك الحقوق و صرفها فى مصالح المسلمين ، فان موضوع تلك الاحكام هو والى المسلمين و من كان فى مقدمهم و حاملا لراية الاسلام ولو عن غير حق (واستدل) لذلك باطلاق لفظ الوالى و الامام فى الاخبار الدالة على ان امر اراضى الخراج مفوض اليه لعدم تقييدهما بالوالى بالولاية الحقة ( و فيه ) ان الغاصب لمنصب الولاية انما يكون والياً بنظره وبنائه لافى اعتبار الشارع فقول الشارع فذلك الى الامام ، اوالى الوالى ، يراد به الوالى عن حق - و بعبارة اخرى من غصب الولاية لايكون واليا الافى اعتباره واعتبار تابعيه لافى اعتبار الشارع - و هذا نظير من تملك مال الغير غصبا فان احكام الملكية لايترتب عليه - ولم يتوهم احد القول بان مادل على عدم جواز التصرف الا باذن المالك يشمل الغاصب ايضا ، فاذن لادليل على هذا المدعى فلاينبغى التوقف فى عدم الجواز .

ثم انه لو عصى واخذ هل تبرء ذمته اذا صرف تلك الاموال فى مصالح المسلمين

---

١- الوسائل -باب ٢٠ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٦

ام لا .. صرح المصنف ره الضمان، وذهب السيد الفقيه الى برائة ذمته منها (واستدل له) بان الائمة عليهم السلام اذنوا لشيعتهم شراء الصدقة والخراج من الجائر وقبولهما منه مجانا وهم الولاة الشرعيون فيكون تصرف الجائر كتصرف الغاصب اذا انضم اليه اذن المالك ومعه لايمكن بقاء ضمانه اذلا يعقل تصحيح المعاملة من احد الطرفين دون الاخر فلايمكن التفكيك بين البيع و الشراء بحسب الواقع كما هو واضح (واورد عليه) الاستاذ الاعظم بان اذن الشارع في اخذ تلك الحقوق من الجائر انما هو لتسهيل الامر على الشيعة لئلا يقعوا في المضيقة والشدة فلا اشعار فيه ببرائة ذمة الجائر فضلا عن الدلالة عليها فمقتضى قاعدة اليد هو الضمان (اقول) انماذكره انما هو حكمة الاذن ، والسيد قده يدعى انه بعد الاذن في الشراء لايعقل بقاء ضمان الجائر بالنسبة الى عين الصدقة ، اذلا يخلو الامر من صحة بيع الجائر ، وفساده ، وعلى الاول لامعنى لضمانه ،و على الثاني لزم فساد الشراء والمفروض الحكم بصحته و بعين هذا البرهان يبنى على عدم الضمان في الهبة ايضا في موارد اذنهم في قبولها ، و احتمال كون الهبة ح نظير الاتلاف موجبة لانتقال البدل الى ذمة الجائر وان كان ممكنا في مقام الثبوت الا انه خلاف ظاهر الادلة بحسب المتفاهم العرفي فتدبر ،فالاظهر انه اذا صرف الجائر تلك الحقوق في المصارف المأذون فيها برئت ذمته منها.

## يجوز اخذ الصدقات والخراج من الجائر

الجهة الثالثة هل يجوز اخذ الحقوق الشرعية من الزكوات و المقاسمات و اشباههما من الجائر المستحل لذلك ويملكها الاخذام لا ،المشهور بين الاصحاب هو الاول وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن الرياض انه استفاض نقل الاجماع عليه ، و عن الفاضل القطيفي ، و المحقق الاردبيلي ره عدم الجواز (والاظهر) هو الاول و يشهد له طوائف من النصوص ( منها ) مادل على اباحة جوائز السلطان و قد تقدم في البحث عن جوائز السلطان فراجع، و( منها) النصوص الواردة في خصوص المقام ،

وهي متعددة .

منها صحيح (١) الحذاء عن الامام الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجل منا يشتري من عمال السلطان من ابل الصدقه وغنم الصدقة و هو يعلم انهم يأخذون منهم اكثر من الحق الذي يجب عليهم قال فقال ما الابل الامثل الحنطة والشعير و غير ذلك لابأس به حتى تعرف الحرام بعينه قيل له فما تقول في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات اغنا منا فنقول بعناها فيبيعنا ها فما ترى في شرائها منه فقال ان كان قد اخذها وعزلها فلابأس قيل له فما ترى في الحنطة والشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى في شراء ذلك الطعام منه فقال ان كان قبضه بكيل وانتم حضور ذلك فلابأس بشرائه منه من غير كيل ومورد الاستدلال به، فقرات ثلاث .

الاولى قوله عليه السلام لابأس حتى تعرف الخ و تقريب الاستدلال به ان السائل من جهة عدوله عن السؤال عن اصل الجواز الى السؤال عن الشبهة الناشئة من اخذهم ازيد من المجعول غصبا، جعل جواز اخذ الصدقات من الجائر مفروغا عنه ، والامام عليه السلام اجابه بذلك و هو كالصريح في مفروغية جواز ما يأخذونه من الحق وان الحرام هو الزايد ( واورد عليه ) بايرادات (الاول ) ان من الجائز كون المراد من السلطان ، العادل ، فتكون الرواية غريبة عن المقام (وفيه) مضافا الى بعد اخذ عمال سلطان العادل اكثر من الحق الذي يجب عليهم ففرض ذلك يوجب ظهورها في ارادة الجائر ان السائل انما يسئل عن الواقعة التي تكون محلا للابتلاء و معلوم ان في ذلك الزمان لم يكن سلطان عادل مبسوط اليد كي يصح حمل الرواية عليه (مع) ان ترك الاستفصال يكفي في الحكم بالعموم (الثاني) ان المراد من الشراء في الخبر الاستنقاذ (وفيه) مضافا الى بعده في نفسه، ان هذا لو تم فانما هو فيما لو كان المشتري هو المأخوذ منه وظاهر هذه الفقرة بقرينة قوله ـ و هو يعلم انهم يأخذون منهم ـ كون المشتري غير المأخوذ منه ( الثالث ) ما ذكره المقدس الاردبيلي في محكي كلامه بقوله

---

١ـ الوسائل ـ باب ٥٢ ـ من ابواب ما يكتسب به حديث ٥

( ان قوله عليه السلام لابأس به حتى يعرف الحرام منه لايدل الاعلى جواز شراء ما كان حلالا بل مشتبها وعدم جواز ما كان معروفا انه حرام بعينه ولايدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا ، نعم ظاهرها ذلك لكن لاينبغى الحمل عليه لمنافاته العقل و النقل ويمكن ان يكون سبب الاجمال فيه التقية) اقول يرد عليه (اولا) ان الرواية اذا كانت مخالفة للنقل والعقل فان كانت بنحو لايمكن الاخذ بهما والجمع بين الدليلين وتعين طرح تلك الرواية لما كان هناك فرق بين كونها ظاهرة او صريحة (وثانيا) نها صريحة فى المطلوب اذ الضمير فى قوله عليه السلام لابأس به يرجع الى شراء ابل الصدقة وغنمها و (ثالثا) انه ره اعترف اولا بالظهور ثم عاد الى دعوى الاجمال (ورابعا) ان مادل من النقل والعقل على عدم جواز التصرف فى ملك الغير من دون رضا صاحبه قابل للتخصيص وقد خصص فى بعض الموارد كالتصرف فى الاراضى المتسعة والانهار الكبار وغيرها (وخامسا) ان عدم جواز التصرف فى المال الماخوذ من الجائر بعد ما عرفت من خروجه عن ملك المأخوذ منه وتعينه فى العنوان الذى اخذ بذلك العنوان من الخراج او غيره انما يكون لاجل اعتبار اذن الولى الشرعى وهذه النصوص انما تتضمن اذن الولاة الشرعيين (و عليه) فلايلزم من الحكم بالجواز مخالفة لاى دليل فرض فتدبر .

الفقرة الثانية قوله عليه السلام ان كان قد اخذها وعزلها فلا باس الوارد فى جواب السؤال عن شراء الانسان صدقات نفسه من الجائر ( و اورد عليه ) بعض مشايخنا المحققين بانه لا ظهور فى كون المصدق من قبل السلطان و عماله فلعله من قبل الامام او من قبل الفقراء ( و فيه ) ان الامام عليه السلام فى زمان هذا السؤال لم يكن مبسوط اليد ولم يكن عليه السلام يرسل العامل لجباية الصدقات وكان المتعارف اخذ عمال السلطان للصدقات لا الفقراء بانفسهم (وبالجملة) الظاهر من المصدق هو من كانت حرفته و شغله جباية الصدقات وحيث لم يكن السلطان العادل حين السؤال مبسوط اليد ولايكون السؤال الا عن حكم الواقعة المبتلى بها لا قضية فرضية فلا مناص عن البناء على كون المصدق هو عامل الجائر .

الفقرة الثالثة ما تضمن حکمه عليه‌السلام بكفاية الكيل السابق فی الشراء و هذه الفقرة ظاهرة فی جواز شراء المقاسمات ـ و اورد علیه ( تارة ) بما عن المستند من منع ارادة المقاسمة المصطلحة من هذه الجملة فان لفظ القاسم یستعمل فی صدقات الغلات ایضا (و اخری) بما ذکره بعض مشایخنا المحققین تبعا للفاضل القطیفی ،و المقدس الاردبیلی ، من انه لعل المراد هو مالك الارض او وکیله (اقول) اما الایراد الاول ، فالجواب عنه انه اذا ثبت الحکم فی الزکاة ثبت فی المقاسمة بضمیمة عدم القول بالفصل ـ مع ـ ان مقابلة القاسم بالمصدق فی الخبر ظاهرة فی ارادة کل من المقاسمة المصطلحة و الصدقة ـ و اما الایراد الثانی ـ فیمکن الجواب عنه ، بان اطلاق لفظ القاسم من دون تقیید علی غیر من حرفته القسمة لایصح ، فهو بنفسه ظاهر فی ارادة العامل الموظف لذلك ( مع) ان اتحاد السیاق یقتضی ان یراد من القاسم هو العامل،

ثم انه ربما اورد علی الاستدلال بالخبر بانه مختص بالشراء فلابد من الاقتصار فی مخالفة القواعد علیه ( و الجواب ) عن ذلك بما فی المتن ، من ان العدول من التعبیر بالجواز الی التعبیر بالحلال مشعر بمناط جواز الشراء و هو کون المال حلالا بالنسبة الی الآخذ ومقتضی ذلك حلیة کل تصرف له باذن السلطان (قابل) للمناقشة کما لا یخفی ، و لکن الذی یسهل الخطب دلالة جملة من الروایات الا خر علی حلیة سایر التصرفات.

و منها ( ١ ) موثق اسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل یشتری من العامل و هو یظلم ، قال عليه‌السلام یشتری منه ما لم یعلم انه ظلم فیه احدا ، و قد استدل به المصنف ره بتقریب ان الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فیه و هو الذی یأخذ من الحقوق من قبل السلطان ؛ و علق علیه السید الفقیه ، بقوله مع ان ترك الا ستفصال یکفی فی العموم ( اقول ) ان العامل فی هذه الروایة و سایر ما ورد بمضمونها التی ذکر ها السید فی الحاشیة ، یمکن ان یکون المراد به مطلق

١ ـ الوسائل ـ باب ٥٣ ـ من ابواب مایکتسب به ـ حدیث ٢

من یعمل للسلطان و لو بان یکون عاملا فی تولی الحکومات ، و لا یکون صریحا و لا ظاهراً فی ارادة العامل فی جبایة الصدقات ، و علی ذلك فغایة ما تدل علیه هذه النصوص ان الاشتراء من العامل یجوز مالم یعلم بان المبیع حرام ، و لا تکون فی مقام بیان تعیین الحلال ، و تمییزه عن الحرام فلا تدل علی حلیة ما یأخذه من الحقوق للمشتری ، و بهذا البیان یظهر انه اذا لم یکن الشراء من العامل ظاهرا فی شراء ماهو عامل فیه لا یجدی ترك الاستفصال فی الحکم بالجواز فی المقام (نعم) لو کان المراد من العامل ، هو عامل جبایة الصدقات و من الشراء منه شراء ماهو عامل فیه ، تم الاستدلال به ولکن فی کلا الامرین نظر او قد تقدم .

ومنها (١) خبر ابی بکر الحضرمی قال دخلت علی ابی عبدالله عليه السلام وعنده ابنه اسماعیل فقال ما یمنع ابن ابی سماك ان یخرج شباب الشیعة فیکفونه ما یکفی الناس ویعطیهم ما یعطی الناس قال ثم قال لی لم ترکت عطائك قلت مخافة علی دینی قال ما منع ابن ابی سماك ان یبعث الیك بعطائك اما علم ان لك فی بیت المال نصیبا . فان ظاهر صدره حلیة ما یعطی من بیت المال اجرة للعمل فیما یتعلق به . وظاهر ذیله حلیة ما یعطی عطاء ولذا قال المحقق الکرکی ان هذا الخبر نص فی الباب (اقول) یرد علیه . مضافا الی ما فی سند الخبر من الجهالة لعبدالله بن محمد الحضرمی ، ان صدر الخبر لمعارضته مع ما دل علی عدم جواز کون الانسان عونا للظالم المتقدم فی مبحث معونة الظالم لابد من طرحه ( واما) ذیله ، فهو انما یدل علی ان ما یأخذه السلطان بعنوان الزکاة اوغیرها ، یخرج عن ملك المأخوذ منه ویتعین لذلك وانه اذا کان للشخص حق فی بیت المال یجوز الاخذ من تلك الحقوق ولا یدل علی جواز المعاملة مع السلطان واخذ المال منه مالم یکن مصرفا له فتامل (واما) ما اورده المحقق الاردبیلی ره علیه بان غایة ما یدل علیه الخبر انه ربما یکون فی بیت المال ما یجوز اخذه واعطائه للمستحقین بان یکون منذورا او وصیة لهم بان یعطیهم ابن ابی سماك وغیر ذلك (فیرد علیه) انه خلاف

١- الوسائل باب ٥١ - من ابواب ما یکتسب به - حدیث ٦

الظاهر جدا كما لا یخفی .

ومنها الاخبار الواردة فی تقبل الارض وتقبل خراجها وخراج الرجال والرؤوس من السلطان الجائر، وهی كثیرة مذكورة فی الوسائل فی كتاب الجهاد (١) وقد نقل المصنف ره جملة منها فی المتن و فی تعليقة السيد الفقيه الانصاف ان هذه الاخبار كالنص فی هذا المضمار واظهر مافی هذا الباب ولكن الانصاف امكان منع دلالتها علی حكم المقام وذلك لان هذه النصوص فرقتان ( احداها ) واردة فی الارض و اعطاء الخراج ( ثانيتها ) واردة فی تقبل الخراج والجزية- اما الطائفة الاولی-فهی انما تدل علی جواز تقبل الارض واعطاء خراجها فليس هناك معاملة علی الخراج التی هی محل الكلام، واما الطائفة الثانية ، فهی انما تكون و اردة فی مقام بيان امور اخر من غير تعرض لجواز اصل التقبل بل هو مفروغ عنه فيها (وعليه) فحيث يحتمل اختصاص الجواز برخصة الامام واذنه كما يظهر من بعض الروايات من ان عادة اصحابهم عليهم السلام كانت جارية علی الا ستيذان منهم فی المعاملة مع السلطان لاحظ صحيحی جميل وصفوان المذكورين فی المتن ، وليس هناك اطلاق يتمسك به علی الفرض ،فلا يمكن الاستدلال بها علی المقام فتدبر .

و اما ما افاده المحقق الا يروانی ره فی وجه اجنبية هذه النصوص عن المقام بعد كون اصل جواز التقبل فيها مفروغا عنه من انه لعل يكون جوازه لاجل ان السلطان يأخذ ما يأخذه البتة وبعد ذلك كل مستعملی الا رض يرضون ان يتقدم واحد و يضمن للسلطان ما هو آخذ منهم ثم هم يدفعون ما هو عليهم لهذا المتقبل بطيب النفس لدفعه الظلامة والاذی عنهم (فهو) فی نفسه لابأس به و به يمكن الحكم بجواز تقبل ساير الظلامات من الكمارك و نحو ها ثم اخذ ها ممن عليهم ذلك اذا كان ذلك بطيب انفسهم و ان كان منشأ طيب النفس علمهم بمقهوريتهم فی الا خذ منهم ( الا ان ) ظاهر نصوص الباب يأبی عن الحمل علی ذلك فانها تدل علی جواز تقبل الخراج واعطاء ما فی ذمم الاشخاص للسلطان وبرائة ذممهم من الخراج و

---

باب ٧١و٧٢

نحوه ، و لازم ما افاده ره اشتغال ذممهم بتلك الحقوق فالصحيح ما ذكرناه .

## شراء الحقوق من الجائر قبل اخذها

**(قوله قده وينبغي التنبيه على امور الاول ان ظاهر عبارات الاكثر بل الكل ان الحكم مختص بما يأخذه الخ)** اقول ان ظاهر عبارات الاصحاب اختصاص الحكم بما بعد الاخذ وعدم جواز الشراء من السلطان قبل الاخذ ولكن المصنف ره تبعا للمحقق الثاني وسيد الرياض وغيرهما اختار جواز المعاملة على الخراج قبل قبضه (واستدل له) بظاهر الاخبار المتقدمة الواردة في قبالة الارض وجزية الرؤوس الدالة على انه يحل ما في ذمة مستعمل الارض من الخراج لمن تقبل الارض من السلطان (وحيث) عرفت عدم دلالتها على ذلك وساير النصوص مختصة بما بعد الاخذ بل هو صريح صحيح(١) الحذاء وفيه ـ ان كان قد اخذها وعزلها فلا بأس ـ فالا ظهر هو الاختصاص .

**(قوله قده والظاهر من الاصحاب في باب المساقات حيث يذكرون ان خراج السلطان الخ)** هذا الاستظهار مبني على كون الخراج في ذينك البابين على المستعمل، فانه ح يكون حكم الاصحاب بكفاية دفع المالك بمعنى من هي بيده، للخراج عن الزارع و الساقي ، مبتنيا على جواز المعاملة عليه قبل اخذ السلطان له ، اذ المالك ح تعامل عليه ويدفعه الى السلطان قبل اخذ السلطان اياه و حيث ان للمنع عن ذلك مجالا واسعا ، فان الخراج من الاول يكون على المالك الامع الشرط كما تدل عليه جملة من النصوص وقد ذكرها السيد في الحاشية فلا يصح استظهار ان بناء الاصحاب على جواز المعاملة قبل الاخذ من هذه الفتوى .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٥

# حكم الاراضى الخراجية حال الغيبة

**( قوله قده الثانى هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرمابمن ينتقل اليه فلا استحقاق للجائر الخ)**

اقول لا كلام بينهم فى ان الاراضى الخراجية ملك المسلمين ،وان امر التصرف فيها الى الامام ﷺ والمأذون من قبله ، كما دلت على كلا الامرين جملة من النصوص، مذكورة فى الوسائل فى كتاب الجهاد وانما الاختلاف فى حكمها فى حال الغيبة ، وقد كثرت الا قوال فيه ( الا ول ) ما عن جماعة من المحققين المذكورين فى المتن و هو انه لا يجوز التصرف فى الاراضى ولا فى الخراج الا باذن السلطان الجائر وانه ولى هذا الامر بعد غصبه الخلافة ، و عن الكفاية انه نقل بعضهم الا تفاق عليه و بعض هؤلاء صرح بانه مع عدم امكان الرجوع الى الجائر فالامر الى الحاكم الشرعى، و الباقون ساكتون عن ذلك ( الثانى ) ما عن المسالك ، و هو ان الا مر اولا الى الحاكم الشرعى و مع عدمه او عدم امكان تصرفه فالى الجائر و لا يجوز التصرف الا باحد الوجهين على الترتيب المذكور ( الثا لث ) ان الا مر الى الحاكم الشرعى الا انه اذا تصرف الجائر يكون تصرفه فيها و فى خراجها نافذا من غير حاجة الى لاستيذان من الحاكم الشرعى وان امكن ، و هذا هو الظاهر من كثير من متأخرى المتأخرين و ظاهرهم انه لابدمن احد الامرين( الرابع) ان الامر الى الحاكم الشرعى و مع عدمه او عدم امكان الاستيذان منه يجوز لاحاد الشيعة التصرف فيها و لكن مع مبادرة الجائر الى التصرف يكون تصرفه نافذا و لايجب الاستيذان من الفقيه ( الخامس ) ماعن المبسوط والمستند وهو انه يجوز لاحاد الشيعة التصرف فيها من غير توقف على الاستيذان من احد لامن الحاكم الشرعى و لا من الجائر ( السادس ) انه يجوز الرجوع الى كل منهما فى حال الاختيار و يتعين احدهما مع عدم امكان الاخر ، (السابع ) انه يجب الاستيذان من الحاكم الشرعى اذا امكن

حتى فى صورة تصرف الجائر ، وعدم جواز الاكتفاء به.

اقول الاقوى بحسب الادلة هـو الرابع ، لانه مقتضى الجمع بين مادل على ان امـر التصرف فى الاراضى الخراجية الى ولى امـر المسلمين و السلطان العادل و مادل على ان الامور التى لابد من تحققها فى الخارج ، و احتمل كونها مشروطة فى وجودها بنظر شخص خاص ، يعتبر فيها اذن الفقيه و له الولاية عليها ، و بين مادل على نفوذ تصرفات الجائر و ان امكن الاستيذان من الفقيه كمالايخفى.

ثم ان مقتضى القاعدة هو الاقتصار على المتيقن من موارد نفوذ تصرف الجائر وهى صورة عدم التمكن من الامتناع على التسليم اليه ، فلو دفع اليه اختيارا لما كان تصرفه نافذا (و يشهدله ) مضافا الى ذلك قوله عليه السلام فى صحيح العيص المتقدم ( و لاتعطوهم شيئا ما استطعتم فان المال لاينبغى ان يزكى مرتين ) فانه وان ورد فى خصوص الزكاة الا انه يثبت فى الخراج و المقاسمات بعـدم القـول بالفصل ( و اما )ما استدل به المصنف ره على هذا فستعرف مافيه عند شرح عبارة الكتاب وقد استدل للقول الاول المنسوب الى المشهور (بان) الجائر انما غصب الخلافة والولاية و هو فى ذلك آثم و معاندالله و رسوله ، الا ان امر التصرف فى الاراضى الخراجية جعل للوالى وان كان باطلا ، و عليه فهو الولى فى هذا الامر و نظير ذلك مالو وقف احد ارضا وجعل توليتها لسلطان الوقت ( و بان ) المستفاد من نصوص المقام ان المجعول اولا و ان كان هو ولاية التصرف للعادل ، الا ان الولاة الشرعيين بانفسهم جعلوا ولاية هذا الامر للجائر ، فهذا المال من الاموال التى لهـا متول مخصوص ـ وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم فى اول هذا المبحث فراجع (واما الثانى) فلانه لايستفاد من تلك النصوص سوى نفوذ تصرفاته ولايستفاد منها جعل الولاية الخاصة فتدبر (و بذلك) ظهر ما فى القول السادس اذلامدرك له سوى توهم انه مقتضى الجمع بين جعل الولاية لكل من الحاكم الشرعى و الجائر (واما القول الثانى) فيردعليه انه لادليل على جعل الولاية للجائر حتى مع عدم وجود الحاكم الشرعى ، وعليه ، فعند

فقده الولاية انماتكون لعدول المؤمنين (واماالقول الثالث ) فيمكن ارجاعه الى الرابع الذى اخترناه(واماالقول الخامس)فقداستدل لهبطائفتين من النصوص(الاولى) النصوص (١) الدالة على تحليل مالهم لشيعتهم ، فانهيكون الاخذ من السلطان حمن باب الا ستنقاذاستدل بهاصاحب المستند ( الثانية ) الاخبار (٢) الدالة على تحليل الاراضى بناءاً على اطلاقها للاراضى الخراجية وعدم اختصاصها بالانفال استدل بها بعض مشايخنا المحققين ره ، و فيهمانظر (اماالاولى ) فلانه لوثبت العموم لتلك الاخبار ، لماكانت شاملة للمقام اذالاراضى الخراجية انماتكون للمسلمين لاللامام ﷺ وان كانت الدنيا و ما فيها له ﷺ (واماالثانية ) فلان تلك النصوص مختصة بالانفال كماحقق فى محله(واماالقول السابع)فيرده اطلاق نصوص الباب بل الظاهر منها انها متضمنة للاذن العام فى جميع المواردفلاحاجة الى الاستيذان من الفقيه(فتحصل ان الاظهر هوالقول الرابع ، وهوان الولاية انماتكون للحاكم الشرعى ومع عدم وجوده فلعدول المؤمنين الاانه اذاتصرف الجائريكون تصرفه نافذاولا حاجة الى الاستيذان من الفقيه وان امكن .

( قوله قده با لبداية او الغاية الخ ) اماالاولى فلحرمة قبض الجائر فالاقباض اعانةعليه واماالثانية فلحرمةتصرفات الجائر فى الحق بعدالقبض .

(قوله قدهفان اوضحمحامل هذا الخبر الخ)اقول انظاهره ان ضريساكان مورد هذاالحق لانه ﷺ قالهوله ومحل الكلام انماهو امتناع من عليه الحق فهو اجنبى عن المقام (مع ) انمحل الكلام هوالسلطان المستولى ، وظاهر هذا الخبر ان بنى اميةحين صدور هذا الخبر كانوا مستضعفين ، فالامتناع فى هذا المورد غير الامتناع فى محل البحث .

( قوله قده واماالامر باخراج الخمس الخ ) اقول الامر به انما هومن زرارة والامام ﷺ لم يقرره على ذلك بل قوله ﷺ هوله ، يصلحان يكون

---

١ــ ٢ ــ الوسائل ــ باب ٤ ــ من ابواب الانفال من كتاب الخمس.

رادعاعنه .

( **قوله قده انه يمكن ان يكون المراد به مايجعل عليهم من وجوه الظلم المحرمة الخ**) اقول هذا هو المتعين ، فان وجوه الخراج و المقاسمات و الصدقات خارجة عن اموالهم وانما هي لاهلها ، وقوله عليه السلام اتق اموال الشيعة ظاهر في ارادة عدم اخذ ماهو لهم وليس هو الا وجوه الظلم المحرمة .

( **قوله قده مخالف لظاهر العام الخ** ) الظاهر ان المراد به الشيعة، ومحصل مراده ان اموال الشيعة التي امر بالاتقاء منها ليست الا الخراج والمقاسمات، واما وجوه الظلم فهي ليست اموالا لجميع الشيعة بل لاشخاص خاصة ، وكذلك الزكاة اما بناء على الاجتزاء بما يعطى للجائر عنها ، فلانها انما تكون لخصوص الفقراء ، واما بناء على عدم الاجتزاء ، فلانها انما تكون لخصوص المالك (ولكن) يرد عليه، انه مخالف لمقابلة الجمع بالجمع .

( **قوله قده ولا دخل له بقوله فان قلت وقلته الخ**) اقول الظاهر من كلامه ره ارادة فتاوى العلماء المذكورين بجواز تولي الفقيه لاخذ الخراج لا اخذهم الخراج خارجا فيتم الارتباط .

(**قوله قده و هذا لا اشكال فيه الخ**) و فيه انه اذا لم يجب الدفع الى الموكل لما وجب الدفع الى الوكيل .

(**قوله قده ان اراد وقف الخ**) في حاشية السيد قده الظاهر ان مراده وقف السلطان للارض الخراجية اووقفه شيئاً يصلح للوقف من مال الخراج بان يشتري به شيئا ويقفه وكذا المراد من الصدقة صدقة السلطان للخراج .

## ما ياخذه الجائر باسم الخراج من غير الاراضي الخراجية

(**قوله قده الثالث ان ظاهر الاخبار و اطلاق الاصحاب حل الخراج والمقاسمة الماخوذين من الاراضي التي الخ**) اقول تحقيق المقام ان الارض

التى يأخذ الجائر منها الخراج (تارة) تكون من الاراضى الخراجية عندنا (واخرى) لاتكون منها باتفاق الفريقين ، كالاراضى المخصوصة باشخاص خاصة ولو كانت ملك الامام عليه‌السلام بماهو شخص خاص لامن حيث انه امام و رئيس ، و منها الارض التى اسلم اهلها طوعا (وثالثة) تكون من الاراضى الخراجية عندهم و من الاموال المختصة بالامام عليه‌السلام بما هو امام عندنا ، كاراضى الانفال ومجهول المالك و نحوهما .

اما القسم الاول فلاريب ولا كلام فى شمول الاخبار المتقدمة والادلة المشار اليها له وهو المتيقن من موردها .

واما القسم الثانى فلاريب فى عدم شمولها له ، ويكون اخذ الخراج منه ظلما فى مذهبهم ايضاً فلايجرى مناط الحكم فيه الذى هو التقية ، بل يمكن ان يقال ان موثق اسحاق (١) الذى استدل به فى المسألة يدل على عدم ثبوت الحكم فى هذا القسم ، لقوله عليه‌السلام يشترى منه مالم يعلم انه ظلم فيه احدا ، بل لا يبعد دعوى دلالة صحيح الحذاء الاتى عليه لاشتماله على قوله عليه‌السلام لابأس به حتى يعرف الحرام بعينه وسيأتى لذلك زيادة توضيح فانتظر .

و اما القسم الثالث فهو الذى وقع الكلام فيه وهذا التنبيه انعقد لبيان حكمه وقد استظهر المصنف ره خلافا لما استظهره المحقق الكركى من كلمات الاصحاب جريان الحكم فيه ، وقد استدل له (بانه) الذى يقتضيه نفى الحرج ( وباطلاق ) الاخبار ، و فيهما نظر (اما الاول) فلانه مضافا الى ماتقدم من عدم كونه مدركا لهذا الحكم ، انه ان اريد به لزوم الحرج على الاخذين للاموال المذكورة عن الظلمة فهو باطل اذ اى حرج فى ترك الشراء من الغاصب ولو تم ذلك لزم جواز شراء كل مافى ايدى الغاصبين ، مع ، انه بناءاً على ماعرفت فى مبحث جوائز السلطان من ان المال المأخوذ من الجائر مالم يعلم انه حرام بعينه يحل التصرف فيه و ان علم اشتمال

---

١- الوسائل - باب ٥٣ - من ابواب مايكتسب به حديث ٢

امواله على الحرام يجوز التصرف فيما يؤخذ منهم مالم يعلم انه من تلك الاموال ـ وان اريد به لزوم الحرج على الذين يؤخذ منهم هذا الحق فهو ايضا باطل اذ لايلتزم ببقاء شيء في عهدتهم حتى يلزم منه الحرج عليهم (واما الثاني) فلانه لا اطلاق لها لورودها في مقام بيان الحلية من ناحية تصرف الجائر خاصة لا من الجهات الاخر فهي لا تسوغ سوى امرا واحدا ، ولا نظر لها الى الجهات الاخر فيجب التحفظ عليها فاذا كانت الارض من الانفال التي ابيحت للشيعة فاخذ الحق منها ظلم في نفسه مع قطع النظر عن تصدى الجائر لذلك ( بل) يمكن ان يقال ان ظاهر صحيح (١) الحذاء و موثق اسحاق المتقدم عدم اجراء الحكم فيه ـ اما الاول فلقوله عليه السلام فيه في جواب السؤال عما يشترى من عمال السلطان مع العلم بانهم يأخذون اكثر من الحق الذي يجب عليهم ـ لابأس به حتى تعرف الحرام بعينه ـ فانه يدل على ان مايؤخذ غير الحق الواجب حرام ـ واما الثاني فلما تقدم ، فالاظهر عدم جريان الحكم في هذا القسم (نعم ) مايؤخذ من غيرنا ممن يعتقد بكون هذا القسم من الاراضي الخراجية يمكن تحليله و اجراء الحكم المذكور فيه لقاعدة الالزام بالتقريب المتقدم في اول هذا المبحث .

## اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرياسة العامة

( قول قده الرابع ظاهر الاخبار ومنصرف كلمات الاصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرياسة العامة وعماله الخ ) اقول البحث في هذا التنبيه يقع في موردين (الاول) في انه هل يختص الحكم بالسلطان المستولى على البلاد ـ ام يشمل من تسلط على قرية او بلدة خروجا على سلطان الوقت (الثاني) في انه هل يختص الحكم بالمخالف الذي يرى نفسه خليفة ، ام يعم كل سلطان مسلم يرى نفسه خليفة عملا مخالفا كان ام شيعيا ـ كما قيل في هارون الرشيد وابنه المأمون ـ ام يعم كل سلطان مسلم ، ام

---

١ـ الوسائل ـ باب ٥٢ ـ من ابواب مايكتسب به حديث ٥

يعم مطلق السلاطين ـ وقد استدل على التعميم من الجهتين ( بقاعدة) الحرج والعسر (وباطلاق) الاخبار لاسيما بعضها ، كقوله عليه السلام فى صحيح ( ١ ) الحلبى لابأس ان يتقبل الارض واهلها من السلطان و غيره (وبان) وجه الاذن منهم عليهم السلام هو توسل الشيعة الى حقوقهم الثابتة فى بيت مال المسلمين كما اشعر به قوله عليه السلام فى الحسن(٢) اما علم ان لك فى بيت المال نصيبا (اقول يرد) على الوجه الاول ما تقدم غير مرة من عدم صلاحية تلك القاعدة لاثبات ، الحكم ، مضافا ، الى انه ان اريد به لزوم الحرج على الآخذين من تلك الظلمة فيرد عليه ما ذكرناه فى التنبيه المتقدم . وان اريد به لزوم الحرج على الذين يؤخذ منهم هذه الحقوق لبقائها فى عهدتهم ، فيرد عليه ان لازم ذلك انه كلما اجبرهم ظالم او غاصب على اعطاء تلك الحقوق تبرء ذممهم منها ، وان شئت قلت ان الحرج لو لزم فانما هو من اخذ الظالمين لا من بقاء الحقوق فتدبر (ويرد) على الوجه الثانى ان النصوص التى يصح الاستدلال بها على اصل هذا الحكم لا اطلاق لها من هذه الجهة وانما هى واردة فى اشخاص مخصوصين وانما يتعدى عنهم الى من يماثلهم وليس سواهم الا الذين يرون انفسهم خليفة عملا وان لم يعتقدوا بذلك ( وبالجملة ) ليست النصوص متضمنة لبيان قضية حقيقية كى يستدل باطلاقها (ويرد) على الوجه الثالث ان صحيح الحذاء ظاهر فى غير من له فى بيت المال نصيب (ثم انه) على تقدير القول باطلاق النصوص ، ربما يقال بعدم شمولها للكافر لانصراف النصوص الى غيره ، ولما دل(٣) على نفى السبيل للكافر على المؤمن (ولكن) يرد على الاول انه لا منشأ لهذا الانصراف ، و على الثانى ، ان نفوذ تصرفاته من باب اجازة الفضولى ليس سبيلا له على المؤمن وانما السبيل يكون لو قيل بولاية السلطان وقد عرفت ان القول بها بمراحل عن الواقع (و الحق) ان المستفاد من النصوص ثبوت الحكم فى كل سلطان مستول على البلاد الذى يكون وضع سلطنته ومملكته على اخذ الخراج بعنوانه

١ــ الوسائل ــ باب ١٨ من ابواب المزارعة حديث٣

٢ــ الوسائل ــ باب ٥١ ــ من ابواب ما يكتسب به حديث ٦

٣-النساء آيه ١٤١

الشرعى ،من غير فرق بين كونه موافقا، ام مخالفا ، ام كافراً .وعدم ثبوته فيمن لاسلطنة له على البلاد ومن ليس وضع سلطنته على ذلك من غير فرق بين الاقسام الثلاثة .

## لا يختص الحكم بالمعتقد ولاية الجائر

**(قوله قده الخامس الظاهر انه لايعتبر فى حل الخراج الماخوذ ان يكون الماخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الاخذ الخ )** اقول لاينبغى التأمل فى عدم اختصاص هذا الحكم بما اذا كان المأخوذ منه من المخالفين لان مدرك هذا الحكم ليس هو قاعدة الالزام وحدها بل جملة من النصوص تدل عليه كما تقدم وبعضها وارد فى خصوص المؤمن كصحيح الحذاء (و اما دعوى) اختصاص الحكم بمن يعتقد ولاية الجائر للتصرف فى الاراضى الخراجية وان كان مؤمنا (فيدفعها) اطلاق النصوص والجواب عنها باختصاص صحيح الحذاء بغير المعتقد، لايصح كمالايخفى .

## ليس للخراج قدر معين

**(قوله قده السادس ليس للخراج قدر معين بل المناط فيه الخ)** اقول فى المسألة اقوال (الاول) ان المناط فيه ماتراضى السلطان ومستعمل الارض وان كان مضرا بحاله (الثانى) ان المناط ذلك مشروطا بعدم كونه مضرا (الثالث) اختصاص الحكم بما يتصرف به الامام العادل فالزايد والناقص غير نافذين منه (واستدل) للاول بان الخراج هو اجرة الارض فيناط تقديره برضى الموجر والمستأجر (وفيه) ان الموجر اذا كان مالكا تم ماذكر ولكن اذا كان وليا على المالك فلايتم فانه لابدله فى الاجارة من مراعاة مصلحة المولى عليه فلو خفف الموجر فى هذا القسم لالمصلحة راجعة الى المولى عليه بل لدواعى نفسانية لم تصح الاجارة وفى المقام الجائر وان لم يكن وليا الا انه فضول اجاز الولى معاملته (واستدل) للثانى بقول ابى الحسن عليه السلام فى مرسل (١) حماد الطويل عن ابى الحسن عليه السلام والارضون التى اخذت عنوة بخيل او ركاب فهى موقوفة

---

١- الوسائل باب ٤١ - من ابواب جهاد العدو -حديث ٢

متروكة في يدى من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على صلح ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الحق النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر مايكون لهم صلاحا ولا يضرهم (وفيه) ان المرسل وارد في الوالي وهو السلطان العادل ومتضمن لبيان سيرته ومعلوم انه لايجحف في المعاملة ولاتعرض له لكيفية معاملة الجائر (و يشهد) للقول الثالث بالاضافة الى طرف النقيصة ماتقدم و بالنسبه الى طرف الزيادة عدم الدليل على نفوذ تصرفات الجائر في هذا الفرض اذلااطلاق لادلة جواز المعاملة معه كي يتمسك به لنفوذ تصرفاته في هذا الفرض فلابد من الاخذ بالمتيقن و هو ما اذالم يزد على المقدار المتعارف و لم يجحف في المعاملة هذا فيما اذا لم يجبر الزارع و لم يكرهه على المعاملة و اما في صورة الاكراه و الالجاء فعدم نفوذ المعاملة اوضح لعموم حديث (١) رفع الاكراه (ثم انه) في موارد عدم نفوذ معاملته من جهة الزيادة لاسبيل الى دعوى وقوع الاجارة على ماعدى الزيادة وانما يحرم اخذ المقدار الزايد اذ المعاملة و احدة فمع عدم نفوذها على النحو الذي و قعت لامناص عن البناء على بطلانها ( و عليه ) فلوزرع الزارع فيها مع ذلك يثبت اجرة المثل في ذمته كمالو استعملها قبل تعيين الاجرة.

## اخذ غير المستحق للخراج والزكاة

### (قوله قده السابع ظاهر اطلاق الاصحاب انه لايشترط فيمن يصل اليه الخراج الخ)

اقول لااشكال في انه يجوز شراء الخراج والصدقة من الجائر كان الآخذ مستحقا او موردا لهما ام لم يكن، اذلايعتبر في صحة الشراء كون المشتري مستحقا او مصرفا لهما (ويدل عليه) اطلاق الاخبار و كذلك بالنسبة الى شراء الارض الخراجية مع وجود المسوغ للبيع وتقبلها وتقبل الخراج (واما) الاخذ من الجائر مجانا فان كان الآخذ مستحقا او مصرفا لما يأخذه فلا كلام انما الكلام فيما اذالم يكن مصرفاله، (فقد يقال) ان مقتضى اطلاق النصوص المتضمنة

---

١- الوسائل باب ٥٦- من ابواب جهاد النفس

لحلية جوائز السلطان ،حليته وجواز الاخذ مطلقا (واورد عليه) المصنف ره بانه لا اطلاق لها وانما هى واردة فى اشخاص خاصة فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال (وفيه) ان بعض تلك النصوص مطلق، كخبر زرارة(١) ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام جوائز العمال ليس بها باس ، و نحوه غيره ( فالاولى ) ان يورد عليه ، بان تلك النصوص كما بيناه فى تلك المسئلة واردة فى مقام بيان الحلية الظاهرية لا الواقعية فراجع ـ و عليه ـ فحلية الخراج والزكوة مع عدم كون الشخص مصرفا لابد لها من التماس دليل آخر مفقود (فالاظهر) هو عدم الجواز كما هو واضح (وقد استدل) لهذا القول بقوله عليه السلام فى خبر الحضرمى المتقدم ـ اما علم ان لك فى بيت المال نصيبا ـ وبتعليل العلامة ره اصل الحكم ، بان الخراج حق لله اخذه غير مستحقه فبرئت ذمته وجاز شرائه (ويرد) على الاول ،، انه لا يدل على جواز اخذ من لا نصيب له فى بيت المال ، وانما هو متضمن للتعريض على ابن ابى سماك فى عدم اعطائه من له نصيب فيها (ويرد) على الثانى مضافا الى عدم تمامية هذا التعليل فى نفسه كما لا يخفى انه لا ينافى حكم الشارع بجواز اخذه من الجائر مع عدم كونه مصرفا له ، و بعبارة اخرى انه لا اشعار فيه فى اعتبار الاستحقاق فى المصرف .

**(قوله قده ثم اشكل من ذلك تحليل الزكوة الخ)** لم يظهر فرق بين الزكوة والخراج من هذه الجهة بل هما من واد واحد اذ لكل منهما مصرف خاص ولم يقم دليل على جواز صرف شىء منهما فى غير مصرفه فلا وجه لجعل احدهما اشكل من الاخر .

## شرائط الاراضى الخراجية

**(قوله قده الثامن ان كون الارض الخراجية ـ يتوقف على امور ثلاثة الاول كونها مفتوحة عنوة الخ )** ، اقول قد تقدم ان هناك قسمين آخرين من الاراضى يكونان من الاراضى الخراجية ( احدهما) ما الوصولحوا على ان يكون الارض لهم و

---

١ـ الوسائل باب ٥١ ـ من ابواب ما يكتسب به حديث ٥

عليهم كذا وكذا من المال او الثلث او نحوه من حاصل الارض (ثانيهما) الارض التى اسلم اهلها طوعا اذا تركوا عمارتها فراجع، وكيف كان، فثبوت كون الارض مفتوحة عنوة انما يكون بالشياع المفيد للعلم، والبينة، وخبر العدل الواحد بناءاً على حجيته فى الموضوعات كما هو المختار. وقد ذكروا فى عداد مايثبت به ذلك، امورا اخر (منها) الشياع المفيد للظن المتاخم للعلم بناءاً على كفايته فى كل مايعسر اقامة البينة عليه كالنسب والوقف (اقول) لم اقف عاجلا على مايمكن الاستدلال به لهذه الكبرى الكلية سوى وجوه اربعة (الاول) مرسل(١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقيمت على الحق ايحل للقاضى ان يقضى بقول البينة من غير مسألة اذا لم يعرفهم، فقال عليه السلام خمسة اشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم، الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والمواريث فاذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه بتقريب ان المراد بالحكم هى النسبة الخبرية وظهور هذه النسبة عبارة اخرى عن الشيوع فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بالشيوع فى هذه الامور الخمسة (وفيه) ان الظاهر ارادة النسبة من الحكم لا الخبر عنها وظهور النسبة غير ظهور الخبر عنها و شيوعه، الاترى انه ربما يكون ولدية زيد لعمرو ظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا والشاهد على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره فى ذلك قوله عليه السلام فى ذيل المرسل، فاذا كان ظاهره الخ، فانه صريح فى ان الظاهر مقابل الباطن، و عن بعض نسخ التهذيب (ظاهر الحال) بدل ظاهر الحكم و عليه فالامر اوضح فيكون المتحصل من الخبر، انه فى هذه الموارد الخمسة يجوز الاخذ بظاهر الحال ففى مورد الشهادات اذا كان الشاهد ظاهر الصلاح عند الناس تقبل شهادته (الثانى) صحيح(٢) حريز المتضمن لقصة اسماعيل وفيه، فقال اسماعيل يا ابه انى لم اره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون فقال عليه السلام يابنى ان الله عزوجل يقول فى كتابه «يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين» يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تأتمن شارب الخمر، بتقريب انه عليه السلام

١- الوسائل باب ٤١ - من ابواب الشهادات ١ حديث ٣
٢- الوسائل باب ٦ - من ابواب احكام الوديعة حديث ١

امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس الذى هو عبارة عن الشياع و جعل عليه السلام من يقول الناس انه يشرب الخمر ، شارب الخمر (وفيه) ان المأمور به ليس ترتيب جميع آثار الواقع بل خصوص ماينفع المخبر اليه ولايضر المخبر عنه. وبعبارة اخرى انه لاملازمة بين تصديق المخبر ، المأمور به فى الخبر ، وبين العمل على طبق قوله ، و يشهد لماذكرناه قوله عليه السلام فى خبر آخر(٢) كذب سمعك و بصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة انه قال قولا وقال لم اقله فصدقه و كذبهم، فانه عليه السلام امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق الواحد وليس ذلك الا لماذكرناه (الثالث) ان الظن الحاصل من الشياع اقوى من الظن الحاصل من البينة العادلة (وفيه) انه لم يثبت كون ملاك حجية البينة افادتها الظن بل الثابت خلافه (الرابع) اجراء دليل الانسداد فى كل ما يعسر اقامة البينة عليه كالنسب والوقف بتقريب ان تحصيل العلم فيه عسر و كذلك البينة العادلة ، و يلزم من اجراء الاصل كاصالة عدم النسب الوقوع فى خلاف الواقع كثيرا ، والاحتياط متعذر او متعسر ، فلامناص عن التنزل الى الظن (وفيه) ان المقدمة الثانية لاتفيد مالم ينضم اليها ان الوقوع فى خلاف الواقع مناف لغرض الشارع اذ لو لم يحرز ذلك كما فى باب الطهارة لما كان محذور فى اجراء الاصل (وحيث) ان هذا غير ثابت فلا يتم هذا الوجه (فتحصل) انه لادليل على حجية الشياع الظنى مطلقا ولا فى كل ما يعسر اقامة البينة عليه .

ومنها استمرار السيرة على اخذ الخراج من ارض (وفيه) انه ان اريد به استمرار سيرة سلاطين الجور ـ فيرد عليه ـ ان الجائرين المرتكبين للفجائع غير التابعين للمعصومين عليهم السلام كيف تكشف سيرتهم عن رضا المعصوم عليه السلام (مع) انه لو كانت سيرتهم كاشفة عن رأيه عليه السلام لكان مختصا بما اذا كان اعتقادهم استحقاق الخراج من خصوص الاراضى الخراجية ولما تم فيما لو اعتقدوا استحقاقهم الخراج من الانفال ايضا وحيث ان المفروض هو الثانى لاخذهم الخراج من القسم الثانى ايضا .

---

١ـ الوسائل ـ باب ٦ ـ من ابواب الوديعه ـ حديث ١

٢ـ الوسائل باب ١٥٧ من ابواب احكام العشرة من كتاب الحج حديث ٢

فلايتم ذلك، وان اريد بهاستمرارسيرةالمؤمنين الآخذين من السلطان الجائرخراج الاراضي المشتبهة ، فيرد عليه (اولا) انهذا ممنوع صغرى ( وثانيا ) انه يتم اذا لم يعتقدوا جواز اخذ خراج اراضي الانفال من يد السلطان (وثالثا) انهيتم اذا علمنابانهم اخذوه منه مع علمهم بكون المأخوذ من خراج تلك الارض وهو كماترى .

و منها حمل فعل المسلم على الصحة (وفيه) انه ان اريد بهحمل فعل الجائر على الصحة ، فيرد عليه ان اخذ الجائر للخراج حرام على اى تقدير و معه لامورد لحمل فعله على الصحة ( و دعوى ) ان اخذه الخراج من غير الاراضي الخراجية اكثر فسادامن اخذ الخراج من الاراضي الخراجية ، فلا بد من حمل فعله على الاقل فسادا عند الاشتباه (مندفعة) بانه لادليل على حمل فعل المسلم على الاقل فسادا ، (مع) انه لوتم ذلك لماتم في المقام اذ معلوم ان الجائرين يأخذون الخراج مع عدم احراز كون الارض خراجية ، وان اريد بهحمل فعل المؤمن المتلقى لذلك الخراج من السلطان ، على الصحة، فهومتين لوثبت ذلك ، ولكن مع ذلك لايثبت به كون الارض خراجية لعدم حجية اصالة الصحة في مثبتاتها وان كانت من الامـارات كمـا حققناه في رسالة القواعد الثلاث .

ثم انه في موارد عدم ثبوت كون الارض خراجية و الشك في ذلك (تارة) يعلم بكونها ملكا للغير ويشك في انتقالها منه الى المسلمين او الامام (واخرى) يعلم بانتقالها منه ويشك في الانتقال الى المسلمين او الامام (اما) في الصورة الاولى فمقتضى استصحاب بقاء المالك اذا احتمل بقائه واستصحاب بقاء العمودين لولم يعلم بموتهما عادة مع العلم بموت المالك نفسه هو عدم الانتقال الى الامام ولا الى المسلمين-وفي هذين الموردين ، ان عرف المالك فهو والافيعامل معه معاملة مجهول المالك. وان علم بموته وعدم بقاء العمودين يبنى على كون الارض للامام لاستصحاب عدم وجود وارث آخر وهو ﷺ وارث من لاوارث له(واما) في الصورة الثانية فاصالة عدم دخولها في ملك المسلمين معارضة باصالة عدم دخولها في ملك الامام مع العلم بدخولها في

ملك احدهما ولاتدخل بذلك فی الانفال من جهة ان الاصل عدم رب لها فتدخل فی هذا الموضوع من الانفال للعلم بدخولها فی ملك احدهما ، و لا یعامل معها معاملة مجهول المالك لان ذلك مختص بما اذا اشتبه المالك بین غیر محصورین وفی المقام المالك اماهو الامام او المسلمون فالمالك مردد بین محصورین فلابد من اجراء ذلك الحکم من التنصیف او القرعة اوغیرهما کل علی مسلکه .

(قوله قده فمحل اشکال لان الاصل الخ) لایخفی مافی العبارة من المسامحة فان ظاهرها ان علة الاشکال الاصل المذکور مع انه علی فرض حجیة قول من یوثق به من المؤرخین فی نفسه یکون ذلك حاکما علی الاصل فهو لا یصلح مانعا عن حجیته فتدبر .

(قوله قده الثانی ان یکون الفتح باذن الامام (ع) الخ) الکلام فی هذا الشرط یقع فی مقامین (الاول) فی اعتبار هذا الشرط و عدمه (الثانی) فی الشبهة الموضوعیة اما المقام الاول فالمشهور بین الاصحاب اعتباره وعن غیر واحد دعوی الاجماع علیه ، و عن المنتهی و المدارك والمستند وغیرها عدم اعتباره وعن النافع التوقف فیه (واستدل) للمشهور بخبر (۱) الوراق عن رجل سماه عن ابیعبدالله علیه السلام قال اذا غزا قوم بغیر اذن الامام فغنموا کانت الغنیمة کلها للامام واذا غزوا بامر الامام فغنموا کان للامام الخمس، واورد علیه (تارة) بضعف السند للجهالة (واخری) بمعارضته مع حسن (۲) الحلبی عن الصادق علیه السلام فی الرجل من اصحابنا یکون فی لوائهم فیکون معهم فیصیب غنیمة قال علیه السلام یؤدی خمسا ویطیب له ـ وفیهما نظر (اما الاول) فلان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب (واما الثانی) فلانه متضمن لقضیة شخصیة فلعله کان ذلك القتال بامر الامام علیه السلام او برضائه او ان الامام علیه السلام حل البقیة (والصحیح) ان یورد علی الاستدلال به ، بان هذا الخبر معارض مع النصوص (۳) الدالة علی ان الاراضی التی فتحت بالسیف للمسلمین، والنسبة عموم من

۱- الوسائل ـ باب ۱- من ابواب الانفال حدیث ۱۶

۲- الوسائل - باب ۲ ـ من ابواب ما یجب فیه الخمس حدیث ۸

۳- الوسائل ـ باب ۷۲ ـ من ابواب جهاد العدو

وجه اذ المرسل اعم لشموله للمنقولات وتلك النصوص اعم لشمولها لما اذا كان القتال بغير اذن الامام والمجمع الذى هو مورد المعارضة هى الاراضى التى اخذت بغير اذن الامام فهى بمقتضى المرسل ملك للامام و بمقتضى تلك النصوص ملك للمسلمين فيرجع الى الاخبار العلاجية وهى تقتضى تقديم تلك النصوص كما لايخفى ( وماافاده ) السيد الفقيه ، من حكومة المرسل على النصوص لكونه بصدد بيان اشتراط الاذن فى كون الغنيمة للمسلمين و هذه فى مقام بيان حكم الارض المأخوذة بالسيف فكأنه قال كل مااخذ عنوة فهو للمسلمين ويشترط فى الاخذان يكون باذن الامام (يرد عليه) ان المرسل ليس لسانه اشتراط الاذن فى كون الغنيمة للمسلمين ، بل لسانه ان الغنائم المأخوذة باذن الامام للمسلمين ، ومااخذ بغير اذنه عليه السلام للامام عليه السلام و عليه فلاوجه لدعوى الحكومة .

و اضعف من هذه الدعوى ، دعوى ان هذه الاخبار ليست بذلك الظهور فى كونها وكون حاصلها للمسلمين حتى فى صورة عدم اذن الامام عليه السلام بخلاف المرسل اذ لاوجه للفرق بين الظهورين بعد كون كل منهما بالاطلاق (فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار هذا الشرط ثم على القول باعتباره يقع الكلام فى المقام الثانى .

واما المقام الثانى فمقتضى اصالة عدم كون الفتح باذنه عدم كونها ملكا للمسلمين و لا يكون هذا الاصل مثبتا اذ موضوع كون الارض للمسلمين هو الفتح عنوة باذن الامام فاذا كان احد جزئى الموضوع محرزا بالوجدان و الآخر بالاصل يترتب عليه حكمه وان ابيت الاعن كون الموضوع هو الفتح المستند الى اذن الامام عليه السلام لايجرى هذا الاصل الا انه يجرى اصالة عدم الاستناد بناءاً على جريان الاصل فى العدم الازلى كما هو الحق .

وقد ذكروا فى الخروج عن هذا الاصل وجوها (منها) خبر (١) جابر الجعفى عن ابى

---

١ـ الخصال ـ ابواب السبعة ـ باب ان الله يمتحن اوصياء الانبياء فى حياة الانبياء فى سبعة مواطن وبعد وفاتهم فى سبعة مواطن.

جعفر (ع) انه اتی یهودی امیر المؤمنین (ع) فی منصرفه عن وقعة نهروان فسئله عن مواطن الامتحان وفیه قوله (ع) واما الرابعة یااخا الیهود فان القائم بعدصاحبه کان یشاورنی فی موارد الامور فیصدرها عن امری و یناظرنی فی غوامضها فیمضیها عن رای لااعلمه احداولایعلمه اصحابی ولا یناظرنی غیره (وفیه اولا) ان الخبر ضعیف السند (وثانیا) انه مختص بالفتوحات فی زمان الثانی ولایشمل غیرها (وثالثا) انه لم یکن یشاور امیر المؤمنین علیه‌السلام فی الامور المهمة الراجعة الی الدین قطعا (ومنها) حضورا بی محمد الحسن علیه‌السلام فی بعض الغزوات ودخول بعض خواص امیر المؤمنین من الصحابة کعمارفی امرهم (و فیه) انه لایکون کاشفا عن کون الغزو من العسکر بالاذن والفتح لایستندالیهم خاصة کمالایخفی (مع) انه اخص من المدعی (ومنها ۱) صحیح محمدبن مسلم عن الباقر علیه‌السلام قال سألته عن سیرة الامـام علیه‌السلام فی الارض التی فتحت بعدرسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله فقال ان امیر المؤمنین علیه‌السلام قدسارفی اهل العراق بسیرة فهی امام لسایر الارضین .وحیث لاریب فی ان ارض العراق خراجیة فلامحالة کان امیر المؤمنین یأخذ منها الخراج فاذا کانت ارض العراق اماما لسایر الارضین ثبت استحقاق الخراج من سایر الارضین (وفیه) انه من المحتمل کون السؤال والجواب ناظرین الی مقدار الحراج لااصله وعلیه فهواجنبی عن المقام (ومنها) انه یکتفی من اذن الامام بالعلم بشاهد الحال برضا المعصومین علیهم السلام بالفتوحات الاسلامیة الموجبة لتأید هذاالدین (وفیه) انانعلم انهم راضون بالنتیجة ولم یحرز رضاهم باجراء الفتوحات بایدی المتصدین للامر.وان شئت قلت.انه لوبنیناعلی کفایة شاهدالحال حتی مثل ذلک لم یبق لمرسلة الوراق موضوع فان الغزو المشتمل علی الغنیمة یکون الامام علیه‌السلام راضیابه قطعافلایبقی للغنیمة الحاصلة بغیر الاذن مورد ، وبالجملة، ظاهر کون الغزو عن اذن الامام لایشمل رضاه به کمالایخفی (ومنها) حمل الصادر من الغزاة من فتح البلادعلی وجه الصحیح

---

۱ـ الوسائل ـ باب ٦٩ من ابواب جهاد العدو

وهو كونه بامر الامام عليه السلام ( وفيه ) ان كون الفتح بغير اذن الامام ليس من الفاسد بل تكون الغنيمة ح للامام لا للمسلمين بخلاف ما اذا كان باذنه و مورد الحمل على الصحة - انما هو ما اذا كان الفعل ذا وجهين - الصحة و الفساد كما هو واضح ( فتحصل ) ان شيئا مما ذكر للخروج عن الاصل المتقدم لا يصلح لذلك .

**(قوله قده الثالث ان يثبت كون الارض المفتوحة عنوة باذن الامام محياة حال الفتح لتدخل فی الغنائم ويخرج منها الخمس اولا الخ)** اقول يقع الكلام فی مواضع (الاول) فی ثبوت الخمس فی الاراضی المفتوحة عنوة باذن الامام (على القول باعتباره) المحياة حال الفتح، والمشهور بين الاصحاب ذلك وعن بعض دعوى الاجماع عليه (ويشهد له) عموم قوله تعالى(۱) «واعلموا انما غنمتم من شیء فان لله خمسه و للرسول و لذی القربى» ومثله اخبار الغنيمة واورد على هذا الوجه (تارة) بانصراف هذه الادلة الى غير الارض (واخرى) بان خطاب الخمس فيها متوجه الى الاشخاص و ظاهرها ملك الاشخاص للغنيمة ملكا شخصيا و الاراضی ليست كذلك وانما هی ملك للنوع (وثالثة) بانها تخصص بما ورد من الاخبار من قصر الخمس على ما ينقل كصحيح(۲) ربعی و غيره مما اشتمل على قسمة الغنيمة اخماسا و اسداسا عليهم و على الغانمين ، ولا يتصور ذلك فی الاراضی لعدم استحقاق الغانمين لذلك. ( و رابعة ) بخلو الاخبار الواردة فی بيان حكم الارض المفتوحة عنوة عن ذلك - فان مقتضى ذلك ظهورها فی كون الارض جميعها للمسلمين - وفی الكل نظر (اما الاول) فلمنع الانصراف الموجب لتقييد الاطلاقات (واما الثانی) ،فلان خطاب الخمس متوجه الى المالك سواء كان هو الشخص او النوع، غاية الامر اذا كان الشیء ملكا للنوع كما ان امر التصرف فيه بالايجار وصرف مال الاجارة فی مصالح المسلمين بيد الولی كذلك امر اخراج الخمس بيده (واما الثالث) فلان نصوص تقسيم الغنيمة اخماسا و اسداسا، لا مفهوم لها كی تدل على عدم ثبوت الخمس فيما عدى المنقولات فلا تصلح لتخصيص الاية (واما الرابع) فلان عدم

---

۱- سورة الانفال- الآية ۴۲

۲- الوسائل- باب ۱ من ابواب قسمة الخمس حديث ۳

التعرض لشیء لایعارض المتعرض لثبوته ویشهد لثبوته مضافا الی عموم الایة الشریفة و اخبار الغنیمة جملة من النصوص کخبر(١) ابی بصیر عن الباقر علیه السلام کل شیء قوتل علیه علی شهادة ان لا اله الا الله و ان محمداً رسول الله صلی الله علیه و آله فان لنا خمسه و لایحل لاحد ان یشتری من الخمس شیئا حتی یصل الینا حقنا و خبر (٢) ابی حمزة عن الباقر علیه السلام ان الله جعل لنا اهل البیت سهاما ثلاثة فی جمیع الفیء الی ان قال و قد حرمناه علی جمیع الناس ما خلا شیعتنا و الله یا اباحمزة ما من ارض تفتح ولا خمس یخمس فیضرب علی شیء منه الا کان حراما علی من یصیبه فرجا کان او مالا ونحوهما غیرهما، فالاظهر ثبوت الخمس .

الموضع الثانی فی اعتبار کون الارض محیاة حین الفتح المشهور بین الاصحاب ذلك (واستدل له) السید ره بان اخبار الارض المفتوحة عنوة منصرفة الی المحیاة منها والافدعوی ان الموات کانت ملکا للامام قبل الفتح وکانت مغصوبة فی ایدیهم کماتری ، ( وفیه) انه یمکن دفع هذا المحذور ، بالالتزام بان من احیی ارضا فهی له ولو کان المحیی کافرا ( مع ) ان الالتزام بذلك لااری له محذورا لو وافقه الدلیل کماهو المفروض ، واستدل له المصنف ( باطلاق) مادل علی ان الموات من الاراضی للامام علیه السلام (اقول) یمکن ان یقال ان تلك الاخبار موردها ذلك لانها بالاطلاق تدل علیه ، اذ الاراضی کلها کانت للکفار ، فلو لم تکن الموات منها للامام لم یبق لمادل علی انها من الانفال مورد ، اذ الارض التی سلمها اهلها طوعا للمسلمین والارض التی انجلی عنها اهلها ، انماتکون للامام محیاتاً کانت ام مواتا .

الموضع الثالث اذا کانت الارض محیاة حال الفتح ثم ماتت فهل هی باقیة فی ملك المسلمین کما اختاره الشیخ الاعظم ره وتبعه جمع ،ام تدخل فی ملك الامام کماذهب الیه جمع آخرون ، وجهان (قد استدل) للاول باختصاص ادلة الموات بمااذا لم یجر علیه

---

١ــ الوسائل باب ٢ــ من ابواب ما یجب فیه الخمس حدیث ٥

٢ــ الوسائل ــ باب ٢ــ من ابواب الانفال حدیث ١٩

ملك مسلم دون ما عرف صاحبه ، فان تلك الارض ح باقية في ملك مالكها سواء كان هو الشخص كما لو احيى احد ارضا ام كان هو النوع كما في المقام ، (وفيه) ان اطلاق مادل (۱) على ان الارض المحياة حال الفتح للمسلمين ، و مادل (۲) على ان من احيى ارضا فهي له لايشمل ارضا ماتت بعد ذلك اذ الحكم حدوثا وبقاءاً تابع لفعلية الموضوع والمفروض انعدامه، واستصحاب بقاء الملكية مضافا الى عدم جريانه في الشبهات الحكمية لايجدي في المقام لمحكوميته لمادل على ان موتان الارض له عليه السلام ويشير الى ماذكرناه النصوص الدالة على تملك المحيي وان كانت مسبوقة بملك الغير كصحيح (۳) الكابلي فان تركها و اخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذي تركها ونحوه غيره فالا ظهر انها بعد الموت تكون للامام عليه السلام .

الموضع الرابع كل مايثبت به الفتح عنوة يثبت به كون الارض محياة حال الفتح. ولو شك في ذلك فان كانت الارض تحت يد من يدعي ملكيتها يحكم بانها له ـ وان كانت تحت يد السلطان اى يده الثابتة على عامة الاراضي الخراجية لايحكم بانها منها لان يدها عادية ، فيتعين الرجوع الى الاصل ـ وهو يقتضي عدم كونها للمسلمين لانه يستصحب عدم فتح الارض على صفة الحياة . فان هذا له حالة سابقة كما لايخفى ـ بل يمكن ان يقال انه يستصحب عدم الحياة الى حين الفتح (ودعوى) انه مثبت - اذ لايثبت به وقوع الفتح على الموات (مندفعة) بان المترتب على هذا الاصل هو عدم كونها ملكا للمسلمين ـ وهذا يكفي للحكم بانها للامام - اذ كما ان الموات حين الفتح له عليه السلام كذلك الارض التي لارب لها له فتدبر ثم ان الكلام في كون اى ارض ثبت كونها محياة حين الفتح ، اواى ارض فتحت عنوة ـ واى ارض لم تكن كذلك موكول الى محل آخر .

۱ـ الوسائل ـ باب ۲۱ من ابواب عقد البيع وشروطه

۲ـ الوسائل باب ۱ من ابواب احياء الموات

۳ـ الوسائل ـ باب ۳ ـ من ابواب احياء الموات ـ حديث ۲

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف بريته محمد وآله الطيبين الطاهرين

## فى تعريف البيع وبيان حقيقته

(قوله قده كتاب البيع وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال الخ)

و قد اختلفت كـلمات القوم فـى تعريف البيع و بيان حقيقته بعد اتفاقهم ظـاهراً علـى انه لا حقيقة لـه شرعية ولا متشرعية وقبل بيان حقيقته و ذكـر تعاريف القوم لابد من التنبيه على امر .

ـ وهو ـ ان فى البيع و كذا سائر المعاملات امور اربعة. احدها ـ اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين ـ ثانيها ـ اعتبارها القائم بالعقـلاء ـ ثـالثها ـ الاعتبار القائم بالشارع الاقدس ـ رابعها ـ اظهار المتبايعين اعتبارهما النفسانى بمظهر خارجى من لفظ اوغيره ـ و ما اشتهر ـ من ان حقيقة الا نشاء عبارة عن ايجاد معنى كالملكية وغيرها باللفظ ـ لا واقع له ـ اذ الوجود الحقيقى للمعنى لايمكن ايجاده الا باسبابه الخارجية و اللفظ و ما ضاهاه ليسا منها بالضرورة ـ والوجود الاعتبارى اى اعتبار المعتبر قائم بنفسه ولادخل للفظ وغيره فى تحققه ـ نعم ـ تسمية الانشاء ايجاداً بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفسانى موضوع لاعتبار الشارع والعقلاء حيث ان بناء العقلاء على عدم اعتبار الملكية فى البيع

مثلا الامع اعتبار المتبايعين بقيد الاعلام به - لابأس بها - وعلى هذا فلا سببية في باب العقود والايقاعات اصلا .

اذا عرفت هذا فاعلم انه قد عرف البيع بتعاريف (الاول) ماعن جماعة كالشيخ في محكى المبسوط والعلامة في التذكرة وغيرهما في غيرهما - من انه - انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي - ( واورد عليه ) جماعة منهم السيد الفقيه في الحاشية - بان الانتقال اثر للبيع و ايضاً انه فعل والانتقال انفعال و ايضاًهو مناف لساير تصاريفه - اقول - ان ملكية المشترى في اعتبار العقلاء والشارع اثر للبيع بمعنى انه موضوع لها واما الملكية في اعتبار المتبايعين فهى عين النقل والتمليك لانها اثره فان ايجاد الملكية اعتبار أووجودها كك متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار وعليه فان اريد من الانتقال في التعريف الملكية في نظر المتبايعين لايرد عليه شيء من هذه الايرادات و ان اريد به الملكية في اعتبار العقلاء او الشارع - فيرد عليه الايراد الاول والثالث دون الثاني كما لا يخفى . ( فالاولى ) ان يورد على هذا التعريف بان البيع بماله من المعنى المرتكز في الاذهان قائم بالبايع لابالعوضين و الانتقال قائم بهما - مع - انه لايعتبر الرضا في مفهوم البيع والالم يكن بيع المكره وبيع غير المقدور على تسليمه بيعا .

الثاني ماعن المشهور من تعريفه - بالعقد المركب من الايجاب والقبول الدالين على الانتقال - وعن العلامة دعوى الاجماع عليه وعن المختلف ان المتبادر منه ذلك (واورد عليه) صاحب الجواهر ره بان اللفظ من مقولة الكيف و البيع فعل و المقولات العشر متباينات لايصدق بعضها على بعض (وفيه) ان البيع فعل عرفي لامقولي كالتكلم الذى هو من مقولة الكيف. (واورد عليه) في المتن بان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ والالم يعقل انشائه باللفظ- ومراده بذلك - ان البيع بحسب المرتكز العرفي هو النقل والتمليك الخارجي- لا الوجود اللفظي للانشاء والالما كان معنى لانشائه بل كان اظهاره اخبار ألا انشاء أو ظاهر التعريف المذكور بقرينة توصيف الايجاب والقبول بالدلالة ارادة الوجود اللفظي منهما (وبهذا) البيان ظهر اندفاع مااورد على المصنف ره بان البيع

ليس من مقولة المعنى والا لزم كونه كلامانفسيا اذلا يعقل من مقولة المعنى الاجعله من باب النقل القلبى وهوراجع الى الكلام النفسى وقد بين فى محله بطلان الكلام النفسى (ويرد) على هذا التعريف مضافاً الى ذلك ان البيع على مايظهر من مشتقاته قائم بالبايع لابه و بالمشترى معاً .

الثالث ما فى جامع المقاصد من تعريفه. بنقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة. واورد عليه المصنف بايرادات (احدها) ان النقل ليس مرادفاً للبيع . واجاب عنه المحقق الايروانى ره بانه بعد تقييد النقل فى التعريف بان يكون بالصيغة المخصوصة لاوجه لهذا الايراد . اقول. الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف ره من الايراد اعمية النقل عن البيع فاجاب عنه بذلك و الظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهوماً ـ فان البيع اذا كان بمعنى التمليك يكون عبارة عن التسليط و لازم ذلك اذا كان الشيء مملوكا له هو النقل نظير ان المشى مغاير للنقل و الا نتقال فى المكان لكنه لازم لهما مع انه ليس لازمه دائماً فان تمليك عمل الحر يكون بيعا و لا نقل لعدم كونه مالكاله قبله وبيع الكلى فى الذمة يصح ولانقل هناك فهذا الايراد تام ـ نعم ـ اذا كان المقصود الاشارة الى المعاملة المتداولة كى يكون التعريف لفظياً صح ذلك فانه يكفى فيه الملازمة الغالبية. (الايراد الثانى ) ان المعاطات عنده بيع مع خلوها عن الصيغة ـ و يمكن الجواب عنه بان مراد المحقق ره ليس دخل هذا القيد فى حقيقة البيع بل الاشارة به الـى سنخ النقل وعليه فلايضر اخصيته . ( الايراد الثالث) انه ان اريد دخل هذا القيد فى مهية البيع يرد عليه ان النقل بالصيغة لايعقل انشائه بالصيغة ـ وان اريد به الاشارة الى النقل الخاص ـ يرد عليه ـ انه ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور ـ وان اريد بها غير بعت من ساير الصيغ لزم الاقتصار على ساير الصيغ غير بعت ـ وفيه ـ ان الظاهر ان مراده هو الشق الثانى وعليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغة بعت وغيرها من الصيغ ـ من الصيغة و لايلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكاشف لايلزم دور ـ و لا محذور لزوم الاقتصار فالعمدة الاشكال الاول .

الرابع ما فى المتن من تعريفه ـ بانه انشاء تمليك عين بمال ـ اقول ـ يرد عليه

امور (احدها) ما عن المحقق الخراساني ره من ان التمليك الانشائى اذا كان مادة بعت فلا يعقل انشائه بالصيغة اذ القابل للوجود الانشائى نفس المعنى لا الموجود الانشائى (ثانيها) ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضاً لشموله للانشاء الصريح والضمنى مع ان مقصوده الصريح خاصة (ثالثها) ما افاده بعض المحققين ره من ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك فيكون هو تعريفا للهبة المعوضة فان العوض فيها عوض للفعل وهو التمليك لا للعين. وفى البيع يكون العوض عوضاً لما تعلق به التمليك (رابعها) انه لا يمكن الالتزام بالتمليك فى جملة من الموارد. (منها) اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه ـ فانه لا يملكها احدكما لا يملك الغلة (و منها) بيع العبد ممن ينعتق عليه ـ فانه ليس هناك تمليك و تملك وذلك لوجهين ـ الاول ـ انه اذا امتنع الملك الحقيقى شرعا اوعقلا لما كان فرق بين زمان طويل اوقصير. فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آناً ما ثم الانعتاق و، دعوى، انه يمكن الالتزام بالملك الحكمى ،مندفعة، بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية فان التزم بكونه بيعا حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور و الالزم بقاء العوضين على ملك مالكهما لعدم المعاوضة الحقيقية ـ الثانى ـ ان ظاهر الادلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء فالالتزام بالملكية ولو آناً ما مناف لذلك ـ وما ـ عن الجواهر من ان الجمع بين هذه الادلة وبين ما دل على عدم العتق الا فى ملك يقتضى الالتزام بتقدم الملك على الانعتاق تقدماً ذاتيا ـ يرد عليه ـ ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا يعقل الاعتبار الا فى الزمان فالملكية فى غير الزمان مما لا نتعقله (ومنها) بيع الدين على من هو عليه ـ فان الانسان لا يملك مالا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيلغو اعتبارها ـ وما ذكره ـ ره فى الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما فى ذمته ورجوعه الى سقوطه عنه ـ غير تام ـ فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء وان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرد عليه ان ثبوت الشيء لا يكون علة لسقوطه.

الخامس ما عن المصباح من تعريفه ـ بانه مبادلة مال بمال ـ فهو ايضاً غير تام

لانه يرد عليه امور . (الاول) ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن فی باب المفاعلة ولا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد مع ان البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل ( وما افاده) المحقق الاصفهانی ره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله (١) تعالى (يخادعون الله) وقوله (٢) عزوجل (ومن يهاجر فی سبيل الله) ونافقوا ـ وشاقوا ـ و غير ذلك من الاستعمالات مدعيا ان هذه الهيئة انما وضعت لتعدية المادة وانهائها الى الغير مثلا الكتابة لاتقتضی الا تعدية المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب اليه بخلاف قولهم كاتبه فانه يدل على تعديتها الى الغير بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد لقيل كتب اليه ثم قال ان الهيئة المجردة وان افادت هذه الخصوصية فی بعض الموارد كضرب زيد عمروا الا انها غير ملحوظة فی الهيئة وتكون من لوازم النسبة بخلاف ضارب زيد عمرواً فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه ( وان كان لطيفا ) الا انه يرد عليه ان هذه الامور ليست اموراً برهانية بل سماعية لابد فيها من الرجوع الى اهله وهم قد صرحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الايات المشار اليها فتدبر ( الثانی ) ـ ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلی بيعا لانه ليس مالا قبل البيع فليس مبادلة مال ـ وعدم صحة جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه مالا قبله (الثالث) ان مطلق المبادلة ليس بيعا قطعا بل لو كانت المبادلة بيعا فانما هی المبادلة فی الملكية ( الرابع ) ان التبديل و المبادلة لازم غالبی للبيع لا انه مفهومه لما اوردناه على تعريف جامع المقاصد (الخامس) ان مقتضی هذا التعريف لزوم دخول العوض فی كيس من خرج المعوض عن كيسه مع انه لايعتبر ذلك الاترى ان الانسان يعطی الدرهم الى الخباز ويقول اعط الخبز للفقير فان هذا بيع مع انه لامبادلة فيه والالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولا ثم يعطی الخباز ـ اوانه يوكله فی تمليكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير خلاف الواقع الذی عليه بناء العرف والعقلاء فی امثال هذه المعاملة .

---

١ـ سورة البقرة الاية ٩ ٢ـ سورة النساء الاية ١٠١

وبما ذكرناه يظهر مافي تعريفه بانه ، تبديل عين بمال ، اوتمليكها به، او نحو ذلك من التعاريف .

ثم ان المحقق النائيني ره بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقريبية اختار في تعريفه انه ـ تبديل مال بمال. وان في البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبديل في الاموال لا في الملكية ـ و ذكر في توضيح ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة حاصلة بين المالك والمملوك وهي تكون متحققة في عالم الاعتبار وتكون منشأً للاثار و لا تكون قابلة للتبديل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية بل في باب المعاوضات يتبدل المالان بخلاف باب الارث فان فيه يتبدل المالكان ـ فالبايع انما يحل الاضافة القائمة بالطعام ويجعلها قائمة بالدراهم ولايكون هناك تبديل في الملكية فيكون البيع هو تبديل مال بمال (اقول) يرد عليه (اولا) ان بيع الكلي بيع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كي يكون هناك تبدبل ـ (وثانيا) ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه بيعا فانها لاتصير ملكا لاحد كي ينطبق عليه هذا التعريف (وثالثا) ان الملكية لاحقيقة لها سوى الاعتبار و هو بسيط قائم بالمالك و المملوك فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقائها فلا محالة لابد من تبدلها ـ و بعبارة اخرى ـ المشترى لايملك المبيع الاباعتبار كونه ملكا له ـ وخلع البايع الملكية عن نفسه ولبسها به و معه تتبدل الملكية لامحالة فلايتصور بقاء ملك الاضافة وتبديل طرفها فتدبر.

فالحق في تعريف البيع بنحو يكون جامعا ومانعا ان يقال انه ( اعطاء شيء بازاء شيء) وهذا بحسب الموارد مختلف اثره فقد يكون اثره ملكية العوضين كما في غالب موارده ـ وقد يكون اثره الانعتاق كما في بيع العبد ممن ينعتق عليه فان اثر اعطاء البايع اياه بازاء شيء انقطاع اضافته وحيث لايعقل دخوله في ملك المشترى ينعتق عليه قهرا ـ وقديكون اثره السقوط كمافي بيع الدين ممن هو عليه ـ وقديكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيماله من التعلق و الاضافة بجهة كالالات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلا .

ثم انه بقی فی المقام بیان الفرق بین البیع و بین الشراء و الاجارة و الصلح والهبة المعوضة والقرض .

اقول اما الشراء فلیس هو اعطاء شیء بازاء شیء بل مطاوعة لذلك و الذی یوجب ملکیة المعوض للمشتری . والعوض للبایع انما هو فعل البایع الذی تعلق به القبول (وبذلك ظهر) مافی کلام المصنف ره من ان القبول تملیك ضمنی و بذلك فرق بین البیع والشراء ـ فانه لیس تملیکا و لو ضمنا .

واما الاجارة فقد فرق المصنف ره بینها و بین البیع ـ بان البیع تملیك العین بعوض والاجارة تملیك المنفعة به ـ ولکن علی القول بصحة جعل المعوض فی البیع منفعة لابد من بیان فرق آخر بینهما ـ و (قدیقال) ان الفرق بینهما ـ انما یکون فی ان البیع یتعلق بکل من العین و المنفعة و اذا تعلق بالعین یکون اثره ملکیتها فیما یکون قابلا لذلك و هذا بخلاف الاجارة فانها تتعلق بالعین خاصة و اثرها نقل المنافع ( توضیحه ) ان من ملك شیئاً ملکه منافعه بالتبع و یکون له حق القبض علی العین لاستیفاء المنافع ـ فالبیع انماهو اعطاء للعین او المنفعة بازاء العوض واما الاجارة فانما هی لنقل ذلك الحق ـ بمعنی انهـا تتعلق بالعین لنقل ذلك الحق و تمام الکلام موکول الی محله .

و اما الصلح فالفرق بینه و بین البیع هو ما ذکره المصنف ره من ان حقیقة الصلح هو التسالم ویکون متعلقه فی بعض الموارد ملکیة العین او المنفعة وفی بعض الموارد غیر ذلك ولا ایراد علیه، سوی ماذکره من انه اذا تعلق الصلح بالعین یکون متضمنا للتملیك ـ فانه یرد علیه ـ انه لایتعلق بالعین ـ بل هو نظیر الالتزام لایعقل تعلقه الا بفعل او نتیجة کالملکیة ـ ولذا لایصح جعل مفعوله الثانی العین کما لایخفی .

واما الهبة المعوضة فتتصور علی وجوه ـ الاول ـ ان یهب المال و یشترط علی المتهب هبة شیء ـ الثانی ـ ان یهبه المال ویکون داعیه هبة المتهب شیئاً ـ الثالث ـ ان یهب المال ویشترط النتیجة ای کون ذلك المال ملکا له ـ الرابع ـ ان یهبه بازاء ذلك الشیء ـ الخامس

ما اضافه السید الفقیه و هو ان یهبه فی مقابل هبته بحیث تکون المقابلة بین الهبتین ومقتضی المقابلة بطلان احد المتقابلین بفقد الآخر . اما فی الوجه الاول . والثانی . فیکون اعطاء المال اعطاء لا بازاء شیء بل مجانا والفرق بینها وبین البیع واضح غایة الامر فی الصورة الاولی اذا لم یهب المتهب ذلك الشیء یکون للواهب الخیار ولا یکون ذلك فی الصورة الثانیة . واما فی الوجه الثالث . فان قلنا بعدم صحة شرط النتیجة فلا کلام ـ وان قلنا بصحته فذلك الشیء وان کان یصیر ملکا له الا انه للشرط لا لعقد الهبة و المال الموهوب انما یعطی مجانا لا بازاء شیء و هذا بخلاف البیع ـ و اما فی الوجه الرابع ـ فهو بیع حقیقة بلسان الهبة و سیأتی الکلام فی انه هل یصح البیع بلسان الهبة ام لا ـ واما فی الوجه الخامس . فقد افاد السید ره فی الفرق بینها وبین البیع . ان فی البیع المقابلة انما تکون بین المالین . وفی هذه الهبة تکون بین الفعلین . (اقول) ماذکره من الفرق علی تقدیر صحة هذه الهبة متین ـ الا ان الکلام فی صحتها ـ وذلك لانه ان ارید بها تعلیق هبة علی هبة الاخر فلو لم یهب الطرف لا یکون هبة من هذا الطرف ایضاً لتقیدها بهبة الاخر ـ فهذا هو التعلیق المجمع علی بطلانه . و ان ارید بها انه یملك هبته فی مقابل تملك هبة الاخر ـ فیرد علیه ان فی الهبة التملیك انما یتعلق بالمال و لیس هناك تملیك متعلق بهذا العمل من الحر . نعم ـ یصح ذلك فیما اذا وقع عقد آخر علی هذا العمل بحیث صار مملوکا بواسطة عقد آخر ولکنه خارج عن المقام .

واما القرض فقد فرق المصنف ره بینه وبین البیع بان القرض حقیقته لیست هی المعاوضة بل هی تملیك علی وجه ضمان المثل او القیمة ـ ویرد علیه ـ ان التملیك المزبور لا یخلو عن احد وجهین اما ان یکون تملیکا بازاء بدله فی الذمة ـ فهو معاوضة حقیقیة . واما ان یکون تملیکا مجانیاً واشترط فی ضمنه ان تکون الذمة مشغولة بالمثل او القیمة ـ فهذا غیر معقول اذ مرجعه الی اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه . (فالحق) ان یقال ان حقیقة القرض تملیك للعین ای لخصوصیتها مجاناً وجعل لمالیتها فی الذمة

ففى الحقيقة هو ينحل الى انشائين تمليك مجانى بالنسبة الى العين و تضمين لمالية العين واستيمان لهافى ذمة المقترض الى اجل معين ـ وعليه فالفرق بينه وبين البيع فى غاية الوضوح .

بقى فى المقام مااستشهد به المصنف ره لعدم كون القرض من المعاوضات وهى امور (منها) انه لايجرى فيه ربا المعاوضة - وذكر السيد قده فى بيان مراد المصنف ره انه لايشترط فى تحقق الربا فيه مايعتبر فى تحققه فى ساير المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل والموزون وكونهما من جنس واحد بل يجرى فيه مطلقا (واورد عليه) بان سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لاتنافى كونه من المعاوضات (اقول) الظاهر ان مراده عدم جريان الربا الذى يجرى فى البيع فى القرض وذلك فى مثل بيع الريال الذى يساوى اربعة دراهم مثلا ويكون بحسب الوزن اكثر منها بها ـ فان ذلك ربا محرم. وهذا لايجرى فى القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدى اربعة دراهم وللمقرض اشتراط ذلك و ليس ذلك غير جائز - والسر فيه ماذكرناه من ان حقيقة القرض تمليك العين مجاناً و استيمان للمالية فى ذمة المقترض. فما فى ذمته مالية الريال لاعينه وهى عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها (ومنها) عدم لزوم ذكر العوض فيه - فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين فى مقام انشاء المعاوضة (ومنها) عدم لزوم العلم بالعوض مع انه فى المعاوضات لابد من العلم به ـ واورد ـ عليه وعلى سابقه بان العين المقترضة اما ان تكون من المثليات او تكون من القيميات و على كل حال العوض معلوم ولا يحتاج الى الذكر ـ وفيه اولا ـ ان بعض الاشياء ربما لايعلم الانسان حين القرض انه مثلى اوقيمى فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الاداء ـ وثانياً ـ انه ربما يعلم انه قيمى و لكن لايعلم مقدار القيمة . (ومنها) عدم جريان الغرر المنفى فيه -وفيه- ان جماعة من الاصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة و انه لا يجوز بالمكيال المجهول - وجماعة اخرى وان كان ظاهرهم على ماعن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر فى مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه - فهذا لايكون شاهداً على عدم

كونه من المعاوضات عندهم .

# ضابط مايصح جعله عوضا ومعوضا ومالايصح

ثم انه ينبغي التنبيه على امور . (الاول) في ضابط مايصح جعله معوضا وعوضا ومالايصح - فقدقال المصنف ره في ضابط مايصح جعله مبيعا.

**(والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلايعم ابدال المنافع بغيرها الخ)**

اقول يقع الكلام في مقامين . الاول . في بيان المراد من العين . الثاني . في انـه هل يعتبر ان يكون المبيع عيناً ام لا .

اما المقام الاول . فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجي و مالو وجدلكان من المتعينات الخارجية فتشمل العين الشخصية . والكلي المشاع . والكلي في المعين . والكلي الذمي . وتخرج المنفعة و الحق . ولااشكال في شيء من ذلك الا في الكلي الذمي فانه اشكل على جعله مبيعا. بوجهين .

الاول ان الملكيه من الاعراض فلا بدلها من معروض ولاوجود للكلي الذمي حتى يكون معروض الملكية (واجاب عنه) المحقق النراقي قده . بان البيع ليس هو التمليك . بل عبارة عن نقل الملك . وحيث انه لامحذور في نقل الملك في ظرف وجوده وان كان متأخر افعلا لعدم كون النقل من الاعراض فلا اشكال في صحة البيع وقال . والحاصل ان البيع نقل الملك بالغير بالفعل سواء كان الملك ايضاً فعليا اوقويا مترقب الحصول (وفيه) اولا ان لازم ذلك بطلان البيع اذا تعذر تسليم الكلي - او لم يحصل للبايع . لانه يكشف انه باع ماليس له - مع انه لايكون باطلا بالاتفاق . و ثانيا - ان النقل مطلقالا بدوان يكون بملاحظة مكان او اضافة وليس له استقلال في التحصل فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك - فكماان الملكية غير معقولة كما هو المفروض - كك النقل لايكون فعليا - فلانقل بالفعل و انماهو معلق على امر

متأخر ـ و التعليق في البيع باطل بالاجماع (و اجاب) عنه السيد الفقيه بان الملكية و ان كانت من الاعراض الخارجية الا ان حقيقتها ليست الا اعتباراً عقلائياً فيمكن ان يكون محلها موجوداً اعتبارياً فنقول العقلاء يعتبرون الكلي الذمي شيئاً موجوداً يتعلق به الملكية (و فيه اولا) انه لا يصح الجمع بين العرض الذي هو امر واقعي مقولي ـ و بين الاعتبار الذي لا ثبوت له الا في افق الاعتبار (و ثانيا) انه من المعلوم ان العقلاء في باب اعتبار ملكية الكلي الذمي ليس لهم اعتباران ـ احدهما متعلق بوجوده ـ ثانيهما متعلق بملكيته.

فالحق في الجواب ان يقال ان الملكية انما هي من الاعتباريات و الاعتبار لا يحتاج الا الى طرف في افق الاعتبار و هو كما يكون عينا خارجية يمكن ان يكون كليا في الذمة ـ و الظاهر ان المستشكل خلط بين الملكية التي هي من الاعراض الخارجية ـ و هي الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شيء به ـ كالهيئة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة بـه و بين الملكية التي هي من الاعتباريات التي تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها. والذي لا يمكن ان يتحقق بلا محل موجود ـ انما هي الملكية بالمعنى الاول واما الملكية الاعتبارية فهي لا تتوقف الا على محل موجود في افق الاعتبار بنفس الاعتبار وعليه فكما يمكن ان يكون ذلك عيناً موجودة في الخارج يمكن ان يكون كليا في الذمة بل ربما يكون المالك ايضا كليا ككلي الفقير و السيد في باب الزكاة و الخمس (و بهذا البيان) يظهر انـه يمكن ان يكون المالك امراً اعتباريا كالحكومة التي هي من الامور الاعتبارية العقلائية و يعتبرونها لشخص او لعدة اشخاص ولذا ترى ان العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمة و الفرق بين ملكيتهم بما هم كك و بين ملكيتهم بما هم اشخاص انه لو مات احدهم او جميعهم في الاول لا ينتقل المال الى الورثة و لو انتقل عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه في الثاني ـ و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر .

الاشكال الثاني انه يعتبر في البيع كون المبيع مالا قبل البيع و الكلي في الذمة ليس كك (و يرد عليه) انه لم يدل دليل من عرف او شرع على اعتبار ان يكون المبيع

قبل البيع مالا و تعريف المصباح لاحجية له - بل يعتبر شرعا و عرفا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض ومعلوم ان الكلى كك.

واما المقام الثانى فالارجح فى النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان. وذلك لان البيع من المفاهيم العرفية والامضاء الشرعى متعلق به و لعل اختصاص البيع بنقل الاعيان وتمليكها وعدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفى (والظاهر) انه الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلوا للاختصاص - تارة - بالتبادر - واخرى - بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض. وثالثة. بانصراف الادلة الى ماهو المعهود خارجا من جعل المعوض فى البيع عينا (لايقال) ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان و ان اختص بنقل الاعيان الا ان المعيار هو عرف زمان الشارع الاقدس - فانه يقال (اولا) انه ان ثبت ذلك فى هذا الزمان يبنى على كونه كك فى زمانه (ص) لاصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقرى الذى على جريانه بناء العقلاء وسيرة العلماء ولولاه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة فى المعانى التى تكون الان ظاهرة فيها. فى زمانه (ص) الا بذلك (و ثانيا) ان الشك فى شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة ويتعين معه البناء على الاختصاص لاصالة الفساد - ويؤيد - مااخترناه من الاختصاص (استقرار) اصطلاح الفقهاء عليه فى تعيين الثمن والمثمن يعنى انهم اذا ارادوا تمييز البايع عن المشترى والمثمن عن الثمن جعلوا مالك العين بايعا و مالك المنفعة مشتريا (والاجماع) (وانه) لافرق بين الاجارة والبيع الا فى ان البيع لنقل الاعيان والاجارة لنقل المنافع بناءاً على ماحققناه فى كتاب الاجارة من ان حقيقتها تمليك المنفعة بعوض .

واستدل للتعميم - بوجهين - (الاول) انماعن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الاعيان - يشمل نقل المنافع (الثانى) اطلاق البيع على نقل المنافع فى جملة من النصوص - منها - النصوص الدالة على بيع سكنى الدار

كموثق (١) اسحاق بن عمار الاتى - ومنها - مادل على بيع خدمة المدبر كخبر (٢) السكونى الاتى - ومنها - ماورد (٣) فى بيع الاراضى الخراجية - و فيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصباح وعدم حجيته - واما الثانى - فلان الاستعمال اعم من الحقيقة واصالة الحقيقة انما يرجع اليها لتشخيص المراد - لالتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد فالاظهر اختصاص البيع بنقل الاعيان .

(قوله قده كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر الخ) وهو خبر (٤) السكونى عن على عليه السلام قال باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبته ونحوه غيره .

(قوله قده وبيع سكنى الدار الخ) كخبر (٥) اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام عن رجل فى يده دار ليست له ولم تزل فى يده ويد آبائه من قبله قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ولايدرون لمن هى فيبيعها ويأخذ ثمنها - قال (ع) ما احب ان يبيع ماليس له الى ان قال يبيع سكناها او مكانها فى يده فيقول ابيعك سكناى وتكون فى يدك كماهى فى يدى قال عليه السلام نعم يبيعها على هذا .

(قوله قده وكاخبار بيع الخ) وقد تقدم فى مسألة الخراج و المقاسمة نقل تلك النصوص .

(قوله قده كالثمرة على الشجرة الخ) اقول الظاهر ان مرازه ليس مااذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السيد ره بل مراده ما اذا تعلقت الاجارة بنفس الثمرة - فانها التى تكون بيعا قطعا - كما فى رواية (٦) الحلبى عن الصادق (ع) الواردة فى بيع الثمار وان لم يتبين لك ثمرها فلا تستاجر - اى لاتشتر كما هو صريح ساير الاخبار - ثم ان الكلام فى صحة اجارة الشجرة لثمرتها وعدمها من جهة ان الثمرة ليست منفعتها بل هى من الاعيان - موكل الى محل آخر .

---

١-٥- الوسائل - باب ١ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٥

٢-٤ الوسائل باب ٣- من ابواب التدبير من كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد حديث ٤

٣- الوسائل باب ٧١ - من ابواب جهاد العدو ومايناسبه من كتاب الجهاد

-٦ الوسائل - باب ٢ - من ابواب بيع الثمار - حديث ٤

## يجوز جعل المنفعة عوضا

هذا كله فى المعوض واما فى العوض - فقد قال المصنف ره (**اما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعة الخ**) والكلام فى المقام يقع فى موارد (الاول) فى بيان حقيقة المنفعة (الثانى) فى جواز جعلها عوضا (الثالث) فى جواز جعل عمل الحر عوضا (الرابع) فى الحقوق.

اما المورد الاول فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا - وبعبارة اخرى - عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمنفعة الدابة ليست ما هو فعل الراكب الذى هو من اعراضه لا من اعراض الدابة بل المضايف لفعل الراكب الذى يصير فعليا بفعلية ما هو قائم بالراكب - فحيثية كون الدابة مركبا منفعتها - وهذه انما تصير فعلية بالاستيفاء - الذى هو عبارة عن الانتفاع (وبهذا) البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه فى حاشيته من ان الثمرة تعد منفعة الشجرة عرفا - لا يمكن المساعدة عليه. اذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل انطباق احديهما على الاخرى.

واما المورد الثانى فقد استدل على عدم جواز جعلها عوضا بوجوه (الاول) ما ذكره المصنف ره بقوله (**ولعله لما اشتهر فى كلامهم من ان البيع نقل الاعيان الخ**) (الثانى) ان المنفعة غير موجودة فغير قابلة للمملوكية فلا يصح جعلها عوضا و هو المحكى عن الشهيد (الثالث) انه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضا تكون ادلة نفوذ البيع منصرفة الى نقل غيرها - وفى الكل نظر (اما الاول) فلان البيع كما عرفت انما هو عمل البايع فهم فى مقام بيان ما ينتقل من البايع - وهذا منهم نظير ما ذكروه من ان الاجارة لنقل المنافع - مع انه لا كلام بينهم فى صحة جعل العوض فيها عينا (و اما الثانى) فلما عرفت من ان الملكية امر اعتبارى فيصح اعتبارها بالاضافة الى المنفعة التى هى مقدرة الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها (واما الثالث)

فلان الانصراف الناشى عن قلة وجود فرد لايصلح لتقييد المطلقات فالاظهر جواز جعلها عوضا .

## يجوز جعل عمل الحر عوضا

اما المورد الثالث - فقال المصنف ره (**واما عمل الحر فان قلنا انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال الخ**) محصل كلامه انـه لا اشكال فى جواز جعل عمل الحر عوضا اذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا كان اجيراً لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضا - و يكون كعمل العبد الذى لا كلام فى انه مال ويصح جعله عوضا - واما اذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه - فجواز جعله عوضا مبنى على كونه من الا موال وان لم يعد منها لايجوز ذلك (اقول) يقع الكلام فى هذا المورد فى جهتين (الاولى) فى انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه املا (الثانية) فـى انه على كل من التقديرين هل يصح جعله عوضا املا .

اما الجهة الاولى فالحق انه مال - لان المالية من الاعتبارات العقلائية وانما تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب اليه ويميل اليه النوع او ان نظام الاجتماع يتوقف عليه كما فى اعتبار المالية للذهب والفضة - وهذا الذى يسمى بالمال تارة يعتبرونه ملكا لشخص واخرى لا يعتبر ذلك كما فى المباحات الاصلية - و على هذا - فمن الواضح ان عمل الحروان لم يكن ملكا لفاعله لان ملكية العمل انما تكون عن سبب وهو مفقود الا انه مال ولا فرق بينه وبين عمل العبد - ولا بين قبل وقوع المعاوضة عليه وبين بعده .

واستدل - لعدم كونه مالا - بوجوه (الاول) ان المالية صفة وجودية ولابدلها من محل والعمل المعدوم لايكون محلالها (الثانى) انه لو كان عمل الحر مالا وكان صاحبه ذامال - لتعلق به الاستطاعة اذا كان قادرا على عمل يكون عوضه مما يتحقق به الاستطاعة وخرج عن كونه فقيراً (الثالث) انه لو كان مالا لكان حابسه ضامنا - وفى

الكل نظر ( اما الاول ) فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم بمحل يكون موجود أتقديراً والمقام كذلك فان عمل الحر يقدر وجوده بتبع وجود العامل وقدرته عليه (واما الثانی) فلان الاستطاعة تتوقف على الملكية وكون الشخص ذامال وعمل الحر وان كان مالا الا انه ليس ملكا لعامله فلا يتحقق به الاستطاعة - نعم - لمجرد سلطنته على تمليكه للغير يخرج عن كونه فقيرا ولا يصدق عليه هذا العنوان (واما الثالث) فلان الضمان لابدله من سبب وهو اما - الاتلاف - او اليد . او الاستيفاء وشیء - منها لا يكون فی المقام - اما الاول - فلانه ليس مال العامل حتى يشمله من اتلف مال الغير فهو له ضامن - واما الثانی - فلان عمل الحر لا يكون تحت اليد والاستيلاء لا بنفسه ولا بتبع الاستيلاء على الحر - و بعبارة اخرى قاعدة اليد انما تجرى فی صورة الاستيلاء و الحر لا يدخل تحت استيلاء غيره - واما الثالث فواضح - (فتحصل) ان الاظهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.

و اما الجهة الثانية فبناءاً على كونه مالا ما ذكر وجها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا والجواب ما ذكرناه - وعلى فرض عدم كون مالا (استدل) على عدم الجواز مضافاً الى ذلك بانه يعتبر فی المبيع والثمن ان يكونا من الاموال قبل البيع (وفيه) انه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لا من العرف ولا من الشرع وتعريف المصباح لا حجية له بل يعتبر عرفا وشرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض ومعلوم ان عمل الحر كذلك فالاظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا .

## حقيقة الحق واقسامه

واما المورد الرابع ففی المتن **(واما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة الخ)** تنقيح القول فی المقام انما يكون بالتكلم فی جهات .

الاولى ان فی الادلة عناوين ثلاثة الملك والحكم والحق (اما) الملك فقد تقدم انه امر اعتباری (و اما) حقيقة الحكم فواضحة ومذكورة فی محلها - انما الكلام فی

حقیقة الحق بنحو یمتاز عن الملك و الحکم (اقول) الحق فی اللغة هو الثبوت ـ و بهذا الاعتبار یطلق علیه سبحانه الحق ـ من جهة ان ثبوته مـن اعلی مـراتب الثبوت و یقال للامر الموافق للواقع انه حق من جهة ثبوته و هکذا سایر موارد استعماله.

(واما) بحسب الاصطلاح فقد یقال ان الحق هو الملك ولعله المراد من قول السید فی الحاشیة انه مرتبة ضعیفة من الملك بل نوع منه ولذا عبر عن حق الخیار بملك فسخ العقد ـ غایة الامر المملوك تارة یکون العین بما لها من الشئون ـ و اخری جهة خاصة منها ـ و ثالثة عمل من اعمال الحر و فی الجمیع الملکیة واحدة و انما المملوك مختلف( وبه یندفع) ما اورد علی هذا بان الملك ملزوم للسلطنة المطلقة مع ان الحق سلطنة خاصة علی تصرف خاص (ولکن) یرد علی هذا انه ربما یضاف الحق الی مالا یکون له اعتبار الملکیة شرعا کحق الاختصاص بالخمر التی کانت خلا قبلا او کحق الاولویة فی الارض المحجرة التی لاتملك الا بالاحیاء.

(وقد یقال) انه مرتبة ضعیفة من الملك(وفیه) ان الملکیة التی هی امر اعتباری بسیطـة لایکون لها مراتب و اختلاف المملوك سعة و ضیقا اجنبی عن اختلاف مراتب الملکیة (فالحق) ان یقال انه عبارة عن اعتبار السلطنة علی شیء او شخص فی جهة خاصة مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة علی ضم حصة الشریك الی حصته بتملکه علیه قهرا و حـق الخیار عبارة عن السلطنة علی الفسخ والامضاء وهکذا سایر الحقوق (ثم) لایخفی ان هذا لیس حقیقة شرعیة له اذ مضافا الی عدم الدلیل علیه ان الحق یستعمل کثیراً فی الاخبار و کلمات علمائنا الابرار فی الحکم(وعلیه) فتشخیص کون مورد خاص من قبیل الحکم او الحق بالمعنی الذی ذکرناه یتوقف علی ملاحظة الخصوصیات و القرائن ولایستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق علیه.

الجهة الثانیة فی بیان اقسام الحقوق ـ فقد جعل المصنف ره لها اقساما(الاول ) مالایقبل المعاوضة بالمال ـ کحق الحضانة والولایة ـ والمراد به بحسب الظاهر لاسیما مع ملاحظة التمثیل ـ هو مالا یقبل النقل ولاالاسقاط ـ ویحتمـل بعیدا ـ ان یکون المراد به ماکان لـه اسقاطه و نقله الا انه مجانا لا بالعوض ـ کحق القسم فانه ذکر

العلامة ره‌ان لكل من الازواج- نقله الى ضرتها واسقاطه الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك (الثانى) مايقبل الاسقاط ولايقبل النقل كحق الشفعة والخيار (الثالث) مايكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير (واورد) على هذا التقسيم بالنحو الذى استظهرناه المحقق النائينى ره‌بان كون شيء حقاوغير قابل للاسقاط لايعقل فانه لولم يقبل الاسقاط فكيف يكون له السلطنة وكيف يكون زمام امره بيده بل الضابط للحق والفرق بينه وبين الحكم كونه قابلا للاسقاط . و تبع فى هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد ره( اقول )ان مقتضى سلطنة الانسان على شيء هو كون امره بيده لاامر السلطنة بيده والانسان مسلط على العين . او العمل . لانه مسلط على سلطانه و مالك له‌و بهذا البيان التزمنا بان (١ ) (الناس مسلطون على اموالهم) لايدل على صحة الاعراض و بالجملة كما ان الحكم امره بيد الحاكم كك الحق امره بيد المعتبر ومن بيده الاعتبار فاذا لم يجعل المعتبر امر رفع هذا الاعتبار ونقله الى الغير بيد من اعتبر له‌ليس له ذلك (فالحق) ان من اقسام الحق مالايقبل الاسقاط (ثم ان) معرفة ان الحق الفلانى هل هو قابل للاسقاط والنقل ام لالابدوان تكون من الدليل وليس لذلك ضابط كلى يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره . وتمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر.

الجهة الثالثة كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق ام لا(صريح) المتن والمحقق النائينى ره‌عدم الجواز (واستدلاله) بان الحق لما كان نحوا من السلطنة على من عليه الحق فلايعقل نقله اليه لان الانسان لايمكن ان يتسلط على نفسه بـالنحـو الذى كان لطرفه- وبالجملة -لايعقل قيام طرفى السلطنة بشخص واحد (وشيد) بعضهم هذا الوجه - بان المسلط والمسلط عليه متضائفان - والتضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما فى واحد . اقول يرد عليه (اولا) ان المسلط عليه انما هو بمعنيين -الاول طرف السلطنة - الثانى - من بضرره السلطنة - مثلا فى حق الخيار و حق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف ره - حل العقد فى الاول وتملك الشريك ما اشتراه

١ - البحار ج١ ص١٥٤ الطبع القديم. ج٢ ص٢٧٢ -الطبع الحديث

المشتری ببذل الثمن فی الثانی ـ مسلط علیهما بالمعنی الاول ـ ومن علیه الحق فی الموردین هو المسلط علیه بالمعنی الثانی وفی جمیع الحقوق التی فیها من علیه الحق یکون الامر علی هذا المنوال ـ وعلیه فنقل الحق الی من علیه الحق لایلزم منه اتحاد المسلط والمسلط علیه بمعنی قیام طرفی السلطنة بشخص واحد کی یکون امرا غیر معقول (و ثانیا) انه لوسلم کون المسلط علیه هو من علیه الحق. فلااری محذورا فی اجتماعهما فی شخص واحد ولیس کل ماهو من اقسام التضائف من انحاء التقابل بل ما کان بینهما تغایر فی الوجود کالعلیة والمعلولیة منها والا فالعالمیة و المعلومیة أو المحبیة والمحبوبیة من اقسام التضائف ولیستا من انحاء التقابل وتجتمعان فی شخص واحد ویحب الانسان نفسه ویعلم بنفسه ـ والسلطنة من هذا القبیل فان معناها کون الشخص قاهراً علی شخص وکون الغیر تحت ارادته واختیاره وهذا المعنی یمکن اجتماعه فی شخص واحد بل سلطنة الانسان علی نفسه من اعلی مراتب السلطنة کیف و قد ورد ـ الناس مسلطون علی انفسهم ـ ولم یستشکل احد فی معقولیة ذلک فتدبر فانه دقیق فتحصل ان ـ الاظهر جواز نقله الی من علیه الحق.

الجهة الرابعة فی حکم جعل الحقوق عوضا (اقول) بعدما لاکلام و لااشکال فی عدم صحة جعل ماهو من قبیل القسم الاول ای مالایقبل الانتقال والاسقاط عوضا وقع الخلاف فی القسمین الاخیرین وهاهنا اقوال (الاول) عدم صحة جعل شیء منهما عوضا اختاره المحقق النائینی ره (الثانی) جواز جعل مایقبل الانتقال خاصة عوضا (الثالث) جواز جعل کل منهما عوضا غایة الامر فی مالا یقبل الانتقال یصح جعل اسقاطه عوضا (وقد استدل) المحقق النائینی ره علی عدم جواز جعل نفس الحق عوضا ـ بان البیع حقیقته تبدیل طرف الاضافة بمثله ولازم ذلک دخول کل من الثمن و المثمن فی ملک مالک الاخر ـ و معلوم ان الحق لیس کک فانه مباین مع الملک سنخا فلا یصلح للحلول محل المثمن فی الملکیة کی یصدق البیع (و استدل) ره علی عدم جواز جعل الاسقاط ـ عوضا ـ بان نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال واثره و هو السقوط بما

انه اسم المصدر ليس من الافعال التی تقبل للمملوكية نظير الخياطة فان هذا المعنى معنی حرفی غیرقابل لان يتمول الاباعتبار نفس الحق وقدعرفت مافيه(اقول) يرد على ما افاده فی نفس الحق ان تعريف البيع بما ذکر مضافا الى مامر ما فيه من المحاذير - انه ليس مورد آية او رواية حتی يجعل صدقه أو عدم صدقه مبنی للاحكام الشرعية - وقدمر ان حقيقة البيع ليست الاجعل شیء بازاء شیء فاذاجعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع فی مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شیء بازاء شیء فهو بيع حقيقة (و اما) ماذكر فی الاسقاط فيردعليه مضافا الى ذلك - ان نفس الاسقاط وان كان معنى حرفيا لايتمول - والحق فی نفسه غير الملك الا انه لامانع من صيرورة الحق سببا وواسطة فی قابلية اسقاطه للملكية.و نظير ذلك - ان العلم بنفسه لايملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به (وبالجملة) عدم قابلية الحق للملوكية لاينافی صيرورته واسطة فی كون اسقاطه قابلا للتمول والمملوكية فتدبر فانه دقيق .

ثم ان المصنف ره وفاقا لغيره من الاعلام استدل لعدم جواز جعل مالا يقبل النقل عوضا -بان البيع تمليك الغير-مراده ان حقيقة البيع هو التمليك من الطرفين فمالايقبل النقل لايقبل التمليك فلايصح جعله عوضا (و لما) كان صاحب الجواهر بعدمانقل هذامن استاذه و ذكرفی وجهه ان البيع من النواقل لامن المسقطات فلايصح جعله عوضا على معنى سقوطه (اشكل عليه) بان من البيع بيع الدين على من هو عليه مع انه لايفيد الا الاسقاط فيلتزم فی الحق ايضا بذلك (تصدى) المصنف ره لجواب هذا الاشكال بانه فرق بين الموردين فانه فی بيع الدين على من هوعليه يحدث الملكية آنأما ويسقط ولامورد لتقرير ذلك فی الحق بان يرجع حقيقة الاسقاط المجعول عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه ويؤثر ذلك فی سقوطه ويدعی ان مادل على انه لايقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لاعلى هذا الوجه فان نقل الحق الى من عليه ولو آناً مامحال لاستلزام ذلك اتحاد المسلط والمسلط عليه و قدتقدم تنقيح

ذلك وبهذا البيان الذى بينا مراد المصنف ره يندفع جملة مما اورده المحشون ره عليه (واستدل) لعدم جواز جعل مايقبل النقل عوضا بعدم صدق المال على الحق و لو بعد البيع وقد اخذ المال فى عوضى المبايعة لغة وعرفا (اقول) يرد على الدليل الاول ان البيع ليس هو التمليك من الطرفين بل هو اعطاء شىء بازاء شىء ولو كان الشىء الثانى سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا و ان لم يقبل النقل وقد تقدم تمامية ما اورده صاحب الجواهر من النقض و عدم صحة جواب المصنف ره عنه (و يرد على الثانى) ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشىء لكونه مورداً لرغبة العقلاء و ميلهم من جهة مافيه من الاغراض العقلائية فالحق مال ـ و ان كان المال بحسب المفهوم العرفى اخص من ذلك كماادعى ـ فالحق وان لم يكن مالا ـ الا انه لادليل على اعتبار المال فى عوضى المبايعة و مجرد تعريف المصباح أو ما شابهه لايصلح لذلك كماتقدم ـ فان حقيقة البيع اعطاء شىء بازاء شىء ـ ولايعتبر فى صدقه سوى كون العوض او المعوض ممايبذل بازائه الشىء والحق كذلك (فتحصل) ان الاظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الامر فى القسم الاول يجعل سقوط الحق عوضا ـ و فى القسم الثانى يجوز جعل سقوطه عوضاً كما يجوز نقله عوضا .

## لا يعتبر تعقب القبول فى صدق البيع

التنبيه الثانى (**قال المصنف ره ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر الخ**) لايخفى انه لم يظهر لنا وجه ماصنعه المصنف ره فى المقام حيث ذكرا ولاتعريف المصباح وانتقل الى بيان امور اخر ثم عاداليه بذكر ساير التعاريف ثم كرر العود اليه فى هذا الموضع مع ان ماذكره هنا بعينه ماتقدم من المعانى ـ و لكن الذى يهمنا فى المقام ـ بيان انه هل يعتبر فى صدق البيع تعقب القبول ام لا و فيه اقوال (الاول) ما فى المتن وهو عدم اعتباره وتبعه المحقق النائينى ره (الثانى)

اعتباره اما بكونه اسما للمجموع او فعل البايع بشرط التعقب على نحو الشرط المتاخر اختاره السيد و المحقق الايروانى ( الثالث ) اعتبار قابليته لتعقب القبول اختاره بعض مشايخنا المحققين ( والاظهر) هو الاول . وذلك يظهر من ملاحظة انشاء البايع فانه اذا قال بعت اظهر بذلك اعتبار نفسه والمشترى انما يقبل ذلك لان فعله دخيل فى ما ينشأه البايع - هذا مضافاً - الى ملاحظة ساير مشتقاته كالبايع وغيره مع انه لو نذر ان يبيع داره صح هذا النذر ولو كان البيع فعل المجموع - او فعل البايع بشرط التعقب بالقبول لما صح لكون جزء المنذور او شرطه خارجاً عن تحت القدرة و(يؤيده) قوله ص(١) البيعان بالخيار - اذ لو كان البيع اسما لفعل المجموع لما كانا بيعين بل كانا معا بايعا فتدبر .

وقد استدل للثانى ( بالتبادر) (وبصحة ) السلب عن المجرد و لهذا لايقال باع فلان ماله الا بعد ما اشتراه غيره (وبـان) البيع من العقود ولو تحقق البيع بمجرد انشاء البايع لزم كونه ايقاعا (وباستعماله) فى المتعقب بالقبول فى النصوص والفتاوى من قولهم لزم البيع اووجب اولابيع بينهما اواقاله البيع اونحو ذلك - وفى الكل نظر (اما الا ولان ) فلان التبادر وصحة السلب انما يتمان فى مثل - بعت دارى فى مقام الاخبار - الذى قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر ولايتمان فى غير هذا المورد ( و اما الثالث ) فلان العقد و الايقاع اصطلاحان و المـراد بالاول ما يعتبر فيه القبول و بالثانى ما لايعتبر و لاكلام فى اعتباره فى صحة البيع و ترتب الاثر عليه ( و اما الرابع ) فلان الاستعمال اعم من الحقيقة لاسيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الاثر .

وقد استدل للثالث ( بان) البيع اسم للصحيح العرفى والصحيح العرفى فى اجزاء السبب ما كان قابلا لان يلتئم منه المجموع فيكون البيع معناه انشاء التمليك القابل للحوق القبول (اقول) سيأتى فساد المبنى وان البيع ليس موضوعا للصحيح العرفى فالحق عدم اعتباره فى مفهوم البيع لا بنحو الجزئية ولا بنحو الشرطية نعم هو معتبر فى صحة

١ - الوسائل - باب ١ من ابواب الخيار

البیع عرفا و شرعا.

**(قوله قده بل الظاهر اتفاقهم علی ارادة هذا المعنی فی عناوین ابواب المعاملات الخ)** اقول بل الظاهر عدمه فان مورد البحث فی تلك الابواب نفس المعاملات ولذا یعنونون اعتبار الایجاب و القبول و یقولون ـ یعتبر فی البیع الایجاب و القبول ولو کان مرادهم منه العقد کان هذا التعبیر من الفساد بمکان ـ و سیصرح المصنف ره بعد اسطر بخلاف ذلك ـ و یقول و الحاصل ان البیع الذی یجعلونه من العقود یراد به النقل بمعنی اسم المصدر الخ .

**( قوله قده و کك لفظ النقل الخ )** النقل و التملیك انما هما للمعنی الجامع بین النقل بعوض او مجانا ـ فعدم اعتبار القبول فی صدقه لایلازم عدم اعتباره فی البیع .

**( قوله قده لعلاقة السببیة الخ )** قدمر فی اول الکتاب ما فی اطلاق السبب و المسبب فی باب المعاملات و ان ذلك بمعزل عن الصواب فراجع .

## البیع حقیقة فی الصحیح او الاعم

**التنبیه الثالث (قال قده ـ ثم ان الشهید الثانی نص فی کتاب الیمین من المسالك علی ان عقد البیع و غیره من العقود حقیقة فی الصحیح الخ)**

اقول یقع الکلام فی مقامین ـ الاول ـ فی بیان ما افاده المصنف ره فی المقام ـ الثانی فی بیان ما هو الحق .

اما المقام الاول فقد یقال ان الفاظ المعاملات من البیع و غیره اسام للصحیح وانما تستعمل فی غیره مجازا . و اورد علیه بایرادین (الاول) ان لازم ذلك الالتزام بالحقیقة الشرعیة فی المعاملات مع انه بالبداهة لیس کك کیف و قد کان الشارع المقدس یستعمل اسامیها فیما کان یستعمل فیه العرف و لم یصرح فی مورد بکون مراده غیر ما یفهمه العرف (الثانی) ان لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات ادلة العقود کاحل

الله البيع (١) ونحوه - لنفى اعتبار ماشك فى اعتباره فيها - اذ مع الشك المزبور لا محالة يشك فى صدق الموضوع ومعه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع ان سيرة علماء الاسلام على التمسك به فى هذه المقامات .

واجاب المصنف ره عن الاول بان البيع أو شبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من المصدر اى المسبب والمنشأ لا يستعمل الا فيما هو مؤثر وصحيح ولو فى نظرهم - ثم اذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعا عنده ايضا والا كان صورة بيع - فالموضوع له انما هو الصحيح المفيد للاثر ولا اختلاف فى هذا المفهوم بين العرف والشرع وانما الاختلاف فى المصداق فان اهل العرف يرون بعض البيوع مفيدا مؤثراً والشارع لا يراه كك (لا يقال) ان تخطئة الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع فى عالم العين والوجود - ولا تتصور فيما لا واقع محفوظ له وكان فى ذاته مختلفا باختلاف الانظار كالبيع فانه ان كان موضوعا لاعتبار الملكية فى نظر العرف وان لم يعتبرها الشارع كان موضوعا للاعم وان كان موضوعا لاعتبارها فى نظر الشارع عاد المحذور وعلى اى تقدير لا معنى للتخطئة المذكورة (فانه يقال ) ان اعتبار الملكية كان المعتبر هو العقلاء او الشارع انما يكون عن مصلحة داعية اليه - و اهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية والشارع المقدس يخطئهم فى ذلك لكونه محيطا بالواقعيات ويرى انه ليس فى هذا الاعتبار مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما فى بيع الربوى - فالتخطئة انما تكون فى المنشأ للاعتبار فتدبر .

واجاب ره عن الايراد الثانى بوجهين ( احدهما) ان البيع و ان كان موضوعا للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه اهل العرف فيحمل دليل امضاء البيع على امضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم - ولو كان مراده خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينة فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف. وهذا التقريب لا دخل له بتخطئة الشارع نظر العرف او تصويبه - اذ صريح عبارته

---

١- البقرة - الاية ٢٧٥

ان الموضوع هو الصحیح المؤثر عند العرف فلاحظ (ثانیهما) حمل لفظ البیع أو شبهه الواقع فی ادلة الامضاء علی المصدر الذی یراد من لفظ بعت ای انشاء تملیك عین بعوض ـ الذی هو فعل الموجب واختاره فی تعریف البیع ـ فاذا حکم الشارع علیه بالحل اوبوجوب الوفاء یستکشف منه کونه مؤثراً فی نظر الشارع والالماکان له حلیة ولاوجوب الوفاء ومقتضی اطلاقه کون کل انشاء النقل بوجب النقل شرعا ـ هذا محصل کلامه بتوضیح منا .

والمحقق النائینی ره اورد علی ماذکره ثانیا فی وجه التمسك بالاطلاق (بان) المطلقات الواردة فی الکتاب والسنة کلها واردة فی مقام امضاء المسببات دون الاسباب ـ لانها اسام للمسببات ـ واورد علی ماذکره اولا (بانه) اذا کان الدلیل وارداً فی مقام امضاء المسببات ای المعاملات الرائجة عند العرف کالزوجیة و المبادلة مع قطع النظر عن الاسباب التی یتوسل بها الیها ـ فلایدل علی امضاء الاسباب ـ و بعبارة اخری المسبب له وجود غیر وجود السبب فامضائه لایکون امضاءاً للسبب (نعم) اذا لم یکن له سبب متیقن اصلا لامحالة یکون امضائه امضاءاً له والایلزم اللغویة ـ وفی المقام السبب المتیقن موجود کما هو واضح ـ (و دعوی) ان اهل العرف حیث یرون حصول المسبب بسبب معین عندهم فامضاء المسبب یستلزم امضاء السبب (مندفعة) بان المتبع هو انظار اهل العرف فی تعیین المفاهیم لافی التطبیق ـ فهم وان رأوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان امضاء المسبب لادلیل علی کونه امضاءاً لنظرهم فی التطبیق ایضاً (اقول) یمکن دفع الثانی ـ بان مقتضی اطلاق دلیل المسبب الافرادی امضاء کل فرد من افراد المسبب عند العرف ولازم ذلك امضاء کل سبب یتسبب به الیه والا کان اطلاق دلیل المسبب مقیدا بغیر ماحصل من ذلك السبب الذی یشك فی امضائه ولعله الی هذا یرجع مانقله ره عن التقریرات و ذکرناه بقولنا و دعوی ـ و علیه فهو حق (ولکن) الذی یرد علیه ـ ماتقدم فی اول الکتاب من ان ماهو المعروف من کون الانشاء عبارة عن ایجاد امر باللفظ أو شبههما لااساس له.

ثم ان المحقق النائینی ره - اجاب عن الاشکال بوجه آخر وهو ان نسبة صیغ العقود الی المعاملات لیست نسبة الاسباب الی المسببات - بل نسبتها الیها نسبة الالة الی ذی الالة والارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداءاً بداهة ان الموجد للملکیة لیس قول بعت نظیر الالقاء الموجد للاحراق بل الموجد لها ارادة البایع فاذا لم یکن من قبیل الاسباب و المسببات فلیس هناك موجودان خارجیان حتی لا یکون امضاء احدهما امضاءاً للاخر بل الموجود واحد غایة الامر انه باختلاف الالة ینقسم الی اقسام عدیدة فاذا کان المتکلم فی مقام البیان ولم یقیده بنوع خاص یستکشف منه عمومه لجمیع الانواع (وفیه) مضافا الی ضعف المبنی لما اشرنا الیه فی اول الکتاب - ان وجود ذی الالة مغایر مع وجود الالة بالوجدان - والارادة وان تعلقت حین البیع بذی الالة ابتداءاً وبالالة تتعلق تبعا الا انه فی مقام الجعل لابد من لحاظ الالة مستقلا کی یری صلاحیة کل آلة عرفیة لذلك او آلة خاصة وعلیه فاذا کان الاطلاق مسوقا لبیان امضاء ذی الالة لایصح التمسك بالاطلاق لصلاحیة کل آلة لذلك الا بالتقریب الذی ذکرناه فلافرق بین کونها من قبل الاسباب والمسببات او الالة وذی الالة .

واما المقام الثانی فالکلام فیه یقع فی موضعین الاول - فی ان الفاظ المعاملات اسام للصحیحة او الاعم - الثانی - فی التمسك باطلاقات ادلة الامضاء .

اما الموضع الاول فقد یقال کما عن جملة من المحققین منهم المحقق الخراسانی ره والمحقق النائینی انها ان کانت موضوعة للمسببات لامجال للنزاع المذکور اذ لو کانت اسامی للمسببات لاتتصف الا بالوجود والعدم دون الصحة والفساد .

ولکن الحق فی المقام ان الصحة والفساد لایتصف بهما الا الموجود الخارجی واتصافه بهما انما یکون بلحاظ انطباقه علی ما اخذ طرفا للحکم او الاعتبار الشرعی وعدمه (وعلیه) فالمسببات ایضا تتصف بهما وذلك لان فی باب المعاملات کالبیع امورا اربعة - احدها - اعتبار المتعاملین الملکیة - ثانیها - اعتبار العقلاء و امضائهم لذلك - ثالثها - اعتبار الشارع ایاها - رابعها - اظهار ذلك الامر النفسانی بمظهر

خارجي . و لا ریب فی انها ان کانت اسامی للمسببات تکون اسامی للاعتبـارات الصادرة من المتعاملین . لا الصادرة من العقلاء و الشارع مثلا البیع اسم لفعل البایع ولایطلق علی الشارع و العقلاء البایع وحیث ان الشارع المقدس لم یعتبر الملکیة فی کل مورد اعتبرها المتعاملان بل فی بعض مواردها کما اذا کان مظهرا بلفـظ او غیره من المظهرات الخارجیة و کان المعتبر غیر محجور علیه و غیر ذلك من الخصوصیات فکل اعتبار خارجی شخصی ان کان منطبقا علی ماهو موضوع للاعتبار الشرعی و طرف له فهو صحیح ـ و الا فهو فاسد .فالمعاملات وان کانت اسامی للمسببات تتصف بالصحة و الفساد ایضاً ـ وقد مر ان البیع اسم للمسبب ای الاعتبار الصادر من البایع .

ثم ان الظاهر کونه اسما للاعم ـ لا للخصوص الصحیح بالمعنی المتقدم ـ فان الصحة انما تنتزع عن مطابقة المأتی به لما هو طرف الاعتبار فهی متأخرة عن الامضاء فکیف یمکن اخذها فی المرتبة السابقة علیه ـ فتدبر ـ فانه یمکن ان یقال بوضعها للحصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعی ـ مع ـ ان المعاملات امور عرفیة امضاها الشارع الاقدس وضروری انه لم یتصرف فی وضعها ولم یستعملها فی غیر ما وضعت تلك الالفاظ له فی العرف بل استعملها فی معانیها غایة الامر اعتبر فی امضائها قیودا ـ

## التمسك بالاطلاق

واما الموضع الثانی ـ فبناءاً علی ما اخترناه من ان البیع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملین و انه لا یعتبر فی صدقه شیء آخر و ان ـ دعوی ـ کون باب المعاملات من قبیل ایجاد امر باللفظ و نحوه ـ فاسدة ـ بل هی اعتبارات قائمة بالمتعاملین تظهر باللفظ وغیره . الاظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة الامضاء لا مضاء کل ما هو مظهر لها ـ و ذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل قولة تعالی ( ١ ) احل الله البیع کما ان لکل واحد منها اطلاقا افرادیـا و یدل علی امضـاء کل فرد من افراد البیع مثلا ـ کذلك له اطلاق

١ ـ البقرة آیة ٢٧٥

احوالى .. فمقتضى احل الله (١) البيع امضاء كل فرد من افراد البيع فى جميع حالاته اى سواء ابرز بالعربى او بالفارسى او بغيرهما ولازم ذلك امضاء كل مظهر .

ولو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمتعاملين فى المعاملات وانه لاتصدق اساميها بمجرد تلك الاعتبارات .. فلايخلو ذلك من امور (احدها) اعتبار امضاء العرف و العقلاء بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين ممضاة عند العرف فهى بيع او غيره والا فلا .. (ثانيها) اعتبار امضاء الشارع فيها (ثالثها) اعتبار وجود المصلحة والمناسبة الواقعية - بمعنى- ان كل معاملة واقعة عن المصلحة والمناسبة الواقعية - فهى بيع او غيره (رابعها) ان يكون البيع مثلا موضوع الامر واقعى ويكون نظر العرف والشرع طريقا اليه وعليه يكون النهى تخطئة للعرف فى المصداق (فلو كان) المعتبر هو الامر الاول. لو شك فى دخالة شيء فى امضاء العرف والعقلاء لما صح التمسك بالاطلاق لنفى اعتباره للشك فى صدق الموضوع واما لو احرز ذلك وشك فى دخالته فى الامضاء الشرعى فيتمسك بالاطلاق لنفيه (ولو كان) المعتبر هو الثانى . لايصح التمسك بالاطلاق لنفى اعتبار ماشك فى اعتباره لا بالاطلاق اللفظى ولا بالاطلاق المقامى اما الاول فللشك فى صدق الموضوع .. واما الثانى .. فلوجود القدر المتيقن فى المعاملات الرائجة عند العرف ويمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه (ولو كان) المعتبر هو احد الاخيرين .. يمكن التمسك بالاطلاق لنفى ماشك فى اعتباره شرعا مع احراز عدم دخالته عرفا (بتقريب) ان للشارع جهتين .. احداهما كونه مشرعا وجاعلا للاحكام ثانيتهما - كونه من العرف والعقلاء - بل هو رئيسهم . فاذا قال احل الله البيع ولم يعين البيع الشرعى لامحالة يحمل على ارادة امضاء البيع العرفى .. كما هو الشأن فى جميع المفاهيم الواقعة فى الادلة الشرعية (وعليه) فيتمسك بالاطلاق لنفى اعتباره شرعا (فتحصل) مما ذكرناه انه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه والاقوال الابناءاً على كون البيع وكذا غيره من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع .

---

١- البقرة الاية ٢٧٥

(قوله قده وصحة السلب الخ) الموجود فی المسالك وعدم صحة السلب ـ فیرد علیه مضافا الی ماتقدم انه لا کلام فی عدم صحة سلبه عن الصحیح انما الکلام فی اختصاصه به .

(قوله قده ومن ثم حمل الاقرار به الخ) و الظاهر ان السر فیه ظهور حال المسلم فی عدم اختیار الفاسد لاوضع البیع لذلك .

(قوله قده وقال الشهید الاول فی قواعده الخ ) اقول یمکن توجیه کلامه قده بقرینة مافی ذیله ( فلو حلف علی ترك الصلاة والصوم اکتفی بمسمی الصحة وهو الدخول فیها فلو افسدها بعد ذلك لم یزل الحنث و یحتمل عدمه لانه لایسمی صلوة شرعا ولاصوما مع الفساد واما لو تحرم فی الصلاة اودخل فی الصوم مع مانع من الدخول لم یحنث قطعا ) ـ ( بانه ) قده لیس فی مقام بیان المفاهیم و انها موضوعة للصحیحة ـ حتی یرد علیه ما تقدم ـ بل فی مقام بیان ان ما یتعلق به النذر انما هو الصحیح وانه لاینذر الا ان لایصلی صلوة صحیحة ـ و ان لایبیع بالبیع الصحیح الشرعی ـ وانه بعد الفراغ عن ذلك یفصل بین ماهو الفاسد من الاول ـ وبین مالو انعقد صحیحا ثم افسد فی الاثناء فتدبر .

## فی بیع المعاطاة

(قوله قده اعلم ان المعاطاة علی مافسره جماعة ان یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الاخر الخ) لفظ المعاطاة لم یرد فی آیة ولا روایة کی ینازع فی تعیین مفهومه ـ بل المراد بها البیع الذی ابرز بغیر الصیغ المخصوصة من الافعال المقصود بها ابراز ذلك الاعتبار النفسانی (ثم ان) فیما ذکره ره فی تعریفها مسامحة واضحة اذ المعاطاة التی وقع النزاع فی انها بیع صحیح لازم ام لا لایکون کلا طرفیها اعطاء الشیء عوضا بل احدهما اعطاء بعوض ای احد الشیئین عوض والاخر معوض.

ثم ان محل النزاع هو المعاطاة التی تتخلف عن البیع المنشأ باللفظ المخصوص

فى الصيغة مع اشتمالها على جميع الجهات والخصوصيات وعليه فهى لا تتصور الا على وجه واحد وهو ما لو قصد بها التمليك .

و اما المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكروا انها تتصور على وجوه (احدها) ان يقصد بها التمليك ثانيها ان يقصد بها اباحة التصرفات ثالثها ما فى الجواهر وهو ان يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالاباحة بل يعطى البقال مثلا شيئا ليتناول عوضه فيدفعه اليه ( و اورد عليه ) الشيخ الاعظم قده بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحة او غير ذلك من العنوانات الخاصة (اقول ) الذى يظهر من كلام صاحب الجواهر ره .. بقرينة قوله فى مابعد ذلك ـ ولعل القائل باشتراط الصيغة فى البيع بشرعه ايضا على جهة الاباحة التى هى كالاصل فيما يقصد به مطلق التسليط فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفى فيها قصد هذا التسليط المطلق انتهى ـ ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شىء من الفصول الوجودية و نتيجة ذلك الاباحة المالكية حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل بفصل وجودى هو الاباحة لان فصلها امر عدمى و هو عدم قصد شىء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه ـ ولكن يرد عليه ان هذا يرجع الى الوجه الاول. (رابعها ) ما فى الجواهر و هو ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع ـ و يرد عليه ما اورده فى المتن من ان التمليك بالعوض هو حقيقة البيع لاشىء آخر ( خامسها ) ما عن المحقق الرشتى ـ و قد ذكره فى توجيه الوجه الثالث المحكى عن الجواهر رداً على المصنف ره قال ـ و يمكن دفعه بان النقل فى المقام كاللفظ فى العقود قد يكون مسلوب المعنى ـ نعم ـ لابد فى الفعل الاختيارى من غرض فاذا كان هو محض التوصل الى الآخر تم الفرض (وفيه) ان هذا وان كان يتصور فى اعطاء الظالم لدفع شره فانه لا مبيح ولا مملك لكنه لا يتصور فى المعاطاة المعاملية (سادسها) ما افاده بعض المحققين ـ و هو ما اختلف فيه العوضان فى جهة التمليك والاباحة بان كانت الاباحة بازاء التمليك

(سابعها) ان يقصد كل منهما الاعراض عن ملكه بازاء اعراض صاحبه عن ملكه ويتملك كل منهما مال الاخر بالحيازة (فتحصل) ان المعقول منها اربع صور.

(قوله قده ولابد او لامن ملاحظة ان النزاع الخ) قدعرفت ان محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك - و صاحب الجواهر ايضا لاينكر ذلك وانما يدعى ان مورد النفى والاثبات ليس شيئا واحدا بل المعاطاة التى نفوا عنها افادة الملكية هى ما قصد بها التمليك - والمعاطاة التى اثبتوا لها الافادة للاباحة هى ما قصد بها الاباحة (وبالجملة) نزاع المعاطاة انما هو فى المعاملات الرائجة عند العرف التى لا شبهة فى ان المقصود بها التمليك و مورد نزاع الفقهاء ايضا ذلك فان كلماتهم كالصريحة فى ان مورد النزاع هو ما يكون واجدا لجميع الجهات سوى الصيغة (وربما) يقال ان المعاطاة الرائجة بين الناس لاتسبيب فيها الى شيء من الملكية و الاباحة وان نزاع المعاطاة بين العامة و الخاصة - ان الخاصة يقولون انه يعتبر فى انعقاد البيع الايجاب والقبول ولو بالفعل - والعامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطى الخالى عن الانشاء كما انه ينعقد بالانشاء (اقول) اما دعوى ان المعاملة الرائجة هى ما لم يقصد فيها التمليك ونظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغه فبينة الفساد - يكذبها الوجدان - واما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو فى ذلك فهى تندفع بملاحظة كلمات القوم.

(قوله قده لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هى المعاطاة الخ) اقول بعد ما عرفت من ان صاحب الجواهر لاينكر كون النزاع فى المعاطاة التى قصد بها التمليك ان ظاهر كلمات جمع كثير من الاصحاب انه اذا قصد بالمعاطاة التمليك تكون مفيدة لاباحة جميع التصرفات وقد ذكر المصنف كلمات جمع منهم والانصاف ظهورها فى ذلك (والذى) الجأ المحقق الكركى ره الى القول بان الاصحاب قائلون بافادتها الملك المتزلزل و (الجأ) صاحب الجواهر ره الى القول بان مراد الاصحاب من افادة المعاطاة الاباحة المعاطاة التى قصد بها الاباحة لاما قصد بها التمليك - هو ان لازم ظاهر ما نسب الى المشهور هو وقوع ما

لم يقصد وعدم وقوع ماقصد وبعبارة اخرى تخلف العقود عن القصود بل قصد قطع اضافة الملكية عن نفسه ينافى بنفسه مع الاباحة البيية اى اباحة ملكه لغيره ولذاقال صاحب الجواهرره ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممالاينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعاظم الاصحاب (ولكن) يمكن توجيه كلام المشهور ودفع الاستبعاد - باحد وجهين . ( احدهما ) ما افاده المحقق الخراسانى ره - و هو ان الاصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك وقبل التلف - و الملكية بعد احدهما - و عليه فهم ملتزمون بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية - الملكية غاية الامر مشروطة بالتصرف او التلف و يكون المقام نظير توقف الملكية فى باب الصرف على القبض - وانما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة - وعلى ذلك فلايلزم تخلف العقود عن القصود - فان ماقصده المتعاملان يقع - والاباحة ليست من مقتضيات العقد بل مقتضاه الملكية - وانما يباح التصرف للسيرة . (ثانيهما) ان عدم تخلف العقود عن القصود - ليس امرالايقبل التخصيص - فاذا حكم الشارع الاقدس بان ماقصده المتعاملان و هى الملكية لايقع لبطلان هذاالبيع - وانما يباح التصرفات تعبدا لامحذور فيه - وبعبارة اخرى - ان ما التزم به القوم هى الاباحة الشرعية لا الاباحة المالكية - و باب هذه الاباحة باب ترتب الحكم على موضوعه لاترتب الامر التسبيبى على سببه.

و ربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين ( احدهما ) مـا افاده المحقق النائينى ره - وهو ان عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التمليك انما هو لاجل ان الفعل لايكون بالحمل الشايع الصناعى مصداقا للبيع فقصده وايجاده ماهو غير مصداقه لايفيد الملك (وسيأتى توضيح ذلك عند ذكر الادلة على الاقوال) واما ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدها فلان الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجى وادخال المالك العين تحت استيلاء الغير و الفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجى ولايعتبر فيه قصدها ولايضر قصد خلافها - كما هو الشأن فى جميع العناوين الثانوية

المترتبة على الفعل قهرا كالايلام المترتب على الضرب ـ فانه يترتب عليه وان قصد به خلاف الايلام (ويرد) على هذا ماذكره هوقده من ان لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات فى المقبوض بالعقد الفاسد ـ مع ان عدم جواز التصرف فيه اجماعى (مضافا) الى ان الاباحة المالكية انماهى من الامور التى يتوقف تحققها على القصد ولاتحصل بدونه ـ والفعل الخارجى انما يكون مشتركا بينها وبين التمليك والقرض والعارية ونحوذلك ويتميز كل عن غيره بالقصد ـ و الانصاف ان هذا التوجيه ابعد من اصل المطلب (ثانيهما) ان للملك مراتب ـ ملك العين ـ ملك المنفعة ـ ملك الانتفاع والاخير مساوق للاباحة ـ فبناء المشهور على افادة المعاطـاة المقصود بها الملكية للاباحة التزام بوقوع بعض ماقصد وهذا غير وقوع مالم يقصد ولامحذور فى ذلك (وفيه) ان الاباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول وانما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة اواباحة المالك (مع) ان البيع ليس الاتمليكا للعين والمنفعة و ليس هو تمليكا للانتفاع ـ بل ملكية الانتفاع على فرض معقوليتها تابعة لملك المنفعة فالصحيح ماذكرناه .

ولكن مع ذلك كله يرد على المشهور امران (الاول)ماافاده الشيخ الكبير ره وهو ان الاصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك ـ و التصرفات غير المتوقفة عليه وحكموا باباحة جميعها ـ والالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد ـ و سيأتى تمام الكلام فيه عند نقل المصنف ره كلامه فانتظر (الثانى) انهم ملتزمون باباحة التصرفات المتوقفة على الملك من اول تحقق المعاطاة وجوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط ـ وعليه فلايجتمع ذلك مع القول بعدم حصول الملكية ـ ثم مع الاغماض عن ذلك كله لابد فى اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل عليه فى مقام الاثبات وستعرف عدم الدليل عليه.

# الاقوال فى المعاطاة

(قوله قده اذا عرفت ما ذكرنا فالاقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة الخ) اقول الاقوال فى المسألة سبعة ( الاول ) افادتها الملك اللازم ـ وهو المحكى عن المفيد ومال اليه فى محكى المسالك و فى محكى شرح الارشاد و اختاره المحدث الكاشانى وجمع من محققى متأخرى الاصحاب (الثانى) انها تفيد الملك غير اللازم اختاره المحقق الكركى قال المعروف بين الاصحاب انها اى المعاطاة بيع وان لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر المفيد ولا يقول احد من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنف ره فى النهاية وقد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنه (الثالث) انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضى او المعاملة لفظا حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و بعض متاخرى المحدثين ـ ولعل المراد اعتبار ان يكون هناك لفظ دال على المساومة وان كان الانشاء بالمعاطاة (وعليه) فلا يرد عليه ما عن المصنف ره فى الحاشية ( لكن فى عد هذا من الاقوال فى المعاطاة تأملا فان هذا يصح اذا كان مرادهما انشاء البيع باللفظ فانه ح يخرج عن المعاطاة غايته انه لا يعتبر لفظ مخصوص ـ ولا يتم على ما ذكرناه ( الرابع ) انها تفيد اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك وهو المنسوب الى المشهور (الخامس) انها تفيد اباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك وهو الظاهر من حواشى الشهيد على القواعد (السادس) انها لا تفيد الاباحة ايضا ذهب اليه الشيخ فى النهاية و ان رجع عنه ( السابع ) انها معاملة مستقله تفيد الملكية اختاره الشيخ الكبير هذه هى الاقوال فى المسألة .

# دليل المختار فى المعاطاة

والاظهر انها تفيد الملك ـ و اللزوم ـ فلابد من الكلم فى موردين لاثبات المدعى ( الاول ) فى انها تفيد الملك ـ او الاباحة ـ ام لا تفيد شيئا منهما (الثانى) فى انها

هل تفيد اللزوم ام لا .

اما المورد الاول ـ فالكلام فيه يقع اولا فيما استدل به او يمكن الاستدلال به على المدعى ـ ثم فيما استدل به على عدم افادتها الملكية . (اما الاول ) فقد استدل له بوجوه (الاول) السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التصرف فيه بالعتق والبيع والوطء والايصاء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك ( واورد ) المصنف ره عليه بما اورد على الاستدلال بالاية ـ وهو ان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك وثبوت الملكية من اول الامر باباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلا او شرعا ـ ولم يثبت شيء منهما (اما) الملازمة الشرعية فلان المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات ولا يقولون بالملك من الاول (و اما) الملازمة العقلية فلان القدر اللازم بحكم العقل هـو حصول الملك قبـل التصرف المتوقف على الملك ولو آناًما لا من الاول (ثم) قال ـ اما السيرة على التوريث فهى كساير سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالات فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى.

اقول يرد عليه قده – امور (الاول ) انه ما الفرق بين السيرة على التوريث و السيرة على جواز التصرفات حيث لم يناقش فى الثانية وناقش فى الاولى ـ فان تطرق هذا الاحتمال فى الاولى تطرق فى الثانية طـابق النعل بالنعل ( الثانى ) ان السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك و لازم ذلك ثبوت الملكية من الاول ـ فان اباحة التصرفات لاتدور مدار فعلية التصرفات بل هى تثبت من اول الامـر ـ و عليه ـ فـان ثبت الملكية من الاول ثبت المطلوب و الافقد ابيح تلك التصرفات لغير المالك وهو مناف لادلة توقفها على الملك (وبعبارة اخرى) هذه الاباحة مع انها اباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الاول فلا يعقل الالتزام بعدم الملك (الثالث) انه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آناًما فى التوريث قبل الموت ان امكن الالتزام به فى سايرما يتوقف على الملك فلم يظهر وجه تفرقته بينهما .

والحق ان يورد على هذا الوجه بان السيرة في هذه الأزمنة و ان ثبتت الان اتصالها الى زمان المعصوم غير ثابت اذلعل هذه نشأت عن افتاء المراجع بالملكية او اباحة التصرفات الاترى ان جواز الصلاة في اللباس المشكوك فيه مما افتى به اكثر المتاخرين فاذا فرضنا افتاء الجميع به في بعض الاعصار يكون عمل الناس جميعا عليه فيتوهم ثبوت السيرة مع ان عدم الجواز في القديم كان كالمجمع عليه فتدبر.

الثاني سيرة العرف و العقلاء في كل ملة و نحلة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية وحيث لم يردع عنها الشارع الأقدس فيستكشف امضائه لها ولايتوهم - ان ادلة توقف البيع و العتق و الوطء على الملك رادعة - فان السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك - بل على المعاملة مع المأخوذ بها معاملة الملك فتدبر (و ربما يقال) انه يكفي في الرادعية ادلة الاستصحاب فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية مالم يعلم زوالها ولادليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها فتكون تلك الادلة رادعة عن ثبوت الملك بالمعاطاة - ( و اجيب عنه ) بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لاستلزامها الدور اذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها والافلا محالة تكون مخصصة لها وعدم حجيتها متوقف على رادعيتها و هذا دور واضح ( واورد عليه ) بان اثبات حجية السيرة ايضاً دوري اذهي متوقفة على عدم الردع عنها ولو بالعموم وعدم الردع في المقام يتوقف على حجيتها ( ورد ذلك) بان في حجية السيرة لانحتاج الى اثبات عدم الردع بل يكفي فيه عدم ثبوت الردع (ولكن يرد عليه) ان في حجية العمومات وصلوحها للرادعية ايضاً يكفي عدم ثبوت التخصيص اذ الدليل العام حجة مالم يثبت خلافه .

والحق في الجواب عن اصل الاشكال اي عن رادعية ادلة الاستصحاب - ان يقال ان عمل العقلاء ومعاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية - انما يكون لبنائهم عليها و جزمهم بها وليسوا شاكين في ذلك ( وعليه ) فلايعقل رادعية ادلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كما هو الشأن في جميع الادلة المتضمنة لبيان الاحكام فان بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع - و تلك

الأدلة متكلفلة لعقد الحمل فلايتوارد ان على محل واحد كي تصلح العمومات للرادعية فتدبر .

الثالث قوله تعالى (١) احل الله البيع والاستدلال به يتوقف على اثبات صدق البيع عليها . ثم اثبات دلالة الاية على حصول الملكية بالبيع فالكلام يقع في موضعين (الاول) في انه هل يصدق عليها البيع ام لا ربما يقال بالعدم لان العناوين المنشأة بالقول او الفعل لابد وان يكون القول او الفعل مصداقا لذلك العنوان بالحمل الشايع الصناعي والا لايتحقق ذلك العنوان وان قصد تحققه فلومشي بقصد انشاء البيع لما تحقق و التعاطي الخارجي حيث لايكون بالحمل الشايع مصداقا للبيع الذي هو عبارة عن تبديل احد طرفي الاضافة بمثله فقصده و ايجاد ماهو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع (اقول) القول او الفعل ليس مصداقا للبيع في شيء من الموارد بناءأعلى كونه موضوعا للمسبب اي اعتبار المتبايعين (نعم) لا كلام في ان نفس ذلك الاعتبار النفساني مالم يبرز باللفظ او الفعل لايكون ممضا عند العقلاء والشارع وابرازه لابد وان يكون بمايكون مبرزاله عند العقلاء وحيث عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شيء بازاء شيء وهذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شيء خارجاً واخذ ما بازائه فلا اشكال وان شئت ان تعبر مسامحة بان الفعل الخارجي مصداق لهذا العنوان على هذا المبنى فلا مشاحة واما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونه بيعا فمراده نفي اللزوم او الصحة لاالحقيقة .

الثاني في اثبات دلالة الاية على افادة البيع الملكية . ومحصل الكلام فيه ان محتملات الحل ثلاثة ـ الحل الوضعي اي الصحة والنفوذ ـ والتكليفي اي الجواز والرخصة ـ والاعم منهما ولعل الجامع بينهما هو جعله مرخى العنان في مقابل المنع والتقييد ( اما على الاول ) فالاية تدل على امضاء البيع مطابقة وهذا الوجه هو الذي اراده المصنف ره بقوله ( بل قد يقال بان الاية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع

١ـ البقرة ـ الاية ٢٧٥

لامجرد الحكم التكليفى لكنه محل تامل الخ ) والظاهران منشأتامله هوظهورالحل فىالحلية التكليفية المؤكدهذا الظهور بمقابلة وحرم الربوا (ولكن) يردعليه انهمن جهة استناده الىنفس البيع ظاهر فىارادة الوضعى منهوهكذا فىالحرمة المنسوبة الىالربوا (واماعلى الثانى) اىارادة الحلية التكليفية مناحل ـ فحيث انهلا موهـم لحرمة البيع لا بما هوفعل ولا بما هو تسبيب للملك فلابد من تقدير التصرفـات و عليهفيمكن استفادةمملكية البيع منالايـة بوجوه ( احدهـا ) الملازمة العرفيه بين حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ـ و بين الملكية كما تقـدم ( ثانيـها ) ان جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والوطء و نحوهما ـ منآثار الملكية فاذا دلت الاية على جوازها ـ دلت على الملكية بالملازمة العقلية و هذا الوجه هو الوجه الاول فى كلامه ومورد نقضه وابرامه وتـامل فيه بما ذكرناه فى السيرة مع الجواب عنه فراجع (ثالثها) ان الاية الشريفة و ان دلت على اباحة التصرفات الاانها لاتدل على حلية مجرد التصرفات المتوقفة على الملك ـ بل على حلية التصرفاتالمترتبة علىالبيع ومرجع ذلك الىحلية الاكل عنهذا السبب ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية ـ كما ان اللازم العرفىلماتضمن حرمةالاكل عنسببعدم الملكية ـ كقوله ( ع ) ثمن العذرة سحت ـ و هذا الوجه هو الذى ركن اليه فى آخر الامر .

و بما ذكرناه ظهران ما اورده المحقق الايروانى ره عليه من ان المصنف ره التجأ الى اختيار ماجعله محل التامل ـ غير تام ـ فان مااختاره غير ما تأمل فيه فتدبر (واما على الثالث) فحيثان احل انتسب الىالبيع ولامعنى لحليتهالتكليفيةوالتقدير خلاف الاصل فلا محالة يراد به ح الحلية الوضعية و عليه فتدل الاية بالمطابقة على صحة البيع ومملكيته (فتحصل) ان الاية على جميع التقادير تدلعلى صحة البيعو مملكيته ـ و مقتضى اطلاقها الاحوالى ـ بالتقريب الذى ذكرناه قبل الشروع فى مبحث المعاطاةـ هو امضاء كلبيعوعدم اعتبار شىء مماشك فىاعتباره فىاظهاره

وابرازه ففى المقام يشك فى اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها ويحكم بعدم اعتباره و تحققه بالاظهار بالفعل .

**(قوله قده ولذا صرح فى الغنية بكون الايجاب والقبول الخ)** والظاهر ان مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب والقبول من شرائط الصحة لا اصل التحقق - على ان المعاطاة عنده بيع - فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعا انها ليست بيعا صحيحا اولازما - وعليه - فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى كما افاده السيد ره - ثم انه قده وجه كلام المصنف ره بما هو خلاف الظاهر جداً فراجع.

الرابع قوله (١) تعالى لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض - وتقريب الاستدلال به - انه بعدما لاريب فى ان المراد من الاكل هو معناه الكنائى - لامعناه الموضوع له وهو واضح - يكون المراد بالاكل احد معنيين (الاول) كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك و عليه فتجرى فى هذه الاية الوجوه الثلاثة التى ذكرناها لدلالة الاية المتقدمة على صحة المعاطاة لو اريد باحل - الحلية التكليفية فلانعيد (الثانى) جعل الاكل كناية عن التملك - وعليه فهى بالمطابقة تدل على صحة المعاطاة وكونها موجبة للملكية - و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة .

الخامس - النبوى (٢) الناس مسلطون على اموالهم - تقريب الاستدلال به انه يدل على ان الناس مسلطون على اموالهم بجميع انحاء التصرفات من جملتها البيع المعاطاتى واورد عليه - بايرادات (الاول) ما فى المتن وهو ان عمومه انما هو باعتبار انواع السلطنة فلو احرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله لغيره - و شك فى انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام لابد من القول الدال عليه فلايجوز التمسك به على مملكية

١- النساء الاية ٢٩

٢- البحار ج١ - ص١٥٤ - الطبع القديم - ج٢ - ص٢٧٢ الطبع الحديث

المعاطاة ( اقول ) ان كان مراده قده انه فى مقام اثبات مشروعية كل نوع فى الجملة وليس له اطلاق افرادى - فيرد عليه - ان له اطلاقا افراديا و يدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات . و لذا لوشك فى ان فرد اخاصا من نوع من التصرف كالا كل هل يكون جائزاً ام لا يتمسك به - و السر فيه ان السلطنة هى القدرة ومن المعلوم انها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه وحذف المتعلق يفيد العموم فمعنى النبوى ان الناس قادرون على كل تصرف فى اموالهم و الاختصاص بكل نوع منه بلاوجه - وان كان مراده انه فى مقام امضاء المسببات لاالاسباب -فيردعليه- ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية الحل ايضا بناءاً على كون الفاظ المعاملات اسامى للمسببات لاالاسباب وقد تقدم الجواب عنه (الثانى) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان المستفاد منه كونه فى مقام بيان عدم محجورية المالك لافى مقام تشريع السلطنة بانحائها (وفيه) ان حمل السلطنة التى هى القدرة على التصرفات مطلقا -على ارادة عدم المحجورية اى عدم المانع من التصرف خلاف الظاهر ( الثالث) ما افاده جمع من المحققين - وهو ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة فى موضوع المال - ولايدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع وازالة السلطان (وفيه) انه ان اريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لاعلى رفع هذه السلطنة (فيردعليه ) ان هذا يتم فى الاعراض - ولايتم فى البيع الذى حقيقته اعطاء المال للغير و لازمه رفع السلطنة عن نفسه - وان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات فى موضوع المال وبعبارة اخرى مع انحفاظ اضافة المال اليه واخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح (فيردعليه) ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لاحال التصرف كمالايخفى (فالحق) ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوى ليس بوارد .

(قوله قده اللهم الاان يقال انهما الخ) قدتقدم عند تقريب الاستدلال بالسيرة ان مرجع الضمير الايتان والسيرة كما عرفت بيان مراده قده فراجع

(قوله قده و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة الخ ) حاصل هـذه الدعوى ان انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات و الملكية الثابتة بالاجماع و غيره فى المقام يبتنى على اختيار المشهور فى المقام ابـاحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك و هذا غير ثابت فلاوجه لانكارها ( وحاصل رده) قده ان الملازمة تحتاج الى دليل ومجرد عدم الدليل على عدمها لايكفى فى ثبوتها.

(قوله قده فالاولى ح التمسك فى المطلب الخ ) اشار بذلك الى الوجه الثالث من الوجوه التى ذكرناها لدلالة آية حل البيع على مملكيته بناءاً على ارادة الحلية التكليفية منها وعرفت ان هذا غير ما تامل فيه قبل اسطر فراجع (ثم انه) ربما يستدل على مملكية المعاطاة بالاية الشريفة (١) « اوفوا بالعقود » وسيأتى تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانتظر (ثم انه) قد ظهر مما ذكرناه مدارك ساير الاقـوال.. اذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعا_ يستند فى عدم كونها بيعا الى ما تقدم فى آية حل البيع وفى كونها معاملة مستقلة ممضاة الى عموم آية التجارة عن تراض (و اما ) من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند فى الاباحة الى ماتقدم من السيرة و الاية و الى عدم كونها مفيدة للملك بمـا سيمر عليك ( و اما ) من يقول بانها لاتفيد الملكية ولا الاباحة فقد استند الى ان الايات انما هى فى مقام امضاء المسببات فلانظر لها الى الاسباب و السيرة اما غير ثابتة على الاباحة او غير مفيدة.

## ادلة عدم افادة المعاطاة الملكية

ثم انه قد استدل على عدم افادتها الملكية بوجوه (الاول) اصالة عدم الملك المعتضدة بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى ( وفيه ) ان الاصل انما يستند اليه مع عدم الدليل وقد عرفت وجوده ( الثانى) - الاجماع المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول (وفيه اولا) ان الاجماع المنقول

١ - المائدة الاية ٢

ليس بحجة (وثانيا) ان مدرك المجمعين معلوم (وثالثا) لم يثبت بناء جميع من نسب اليهم القول بعدم الملك ـ عليه . (الثالث) الخبر المروى (١) عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم الناهى عن بيع المنابذة والملامسة وعن بيع الحصاة (بتقريب) انه يدل على النهى عن انشاء البيع بهذه الافعال وبضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك فى ساير الافعال وحيث ان ظاهر النهى فى امثال المقام الارشاد الى الفساد ـ فيدل على عدم صحة البيع المعاطاتى ( و فيه اولا )انه نبوى عامى ضعيف (وثانيا) ان الظاهر منه ولا اقل من المحتمل النهى عن تعيين المبيع بهذه الافعال والوجه فى البطلان ح كونه بيعا غرريا ـ لا النهى عن انشاء البيع بها (وثالثا) ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال و غيرها لم يثبت ( الرابع ) قوله (٢) عليه السلام ـ انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ـ (وفيه) انه سيأتى عند تعرض المصنف ره لهذا الخبر ـ بيان المراد منه وستعرف انه اجنبى عن ما استدل به له (الخامس) جملة من النصوص (٣) الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة فى بيع المصحف ـ وبيع اطنان القصب وبيع الابق مع الضميمة ـ وفى المزارعة وفى غيرها ـ ففى الموثق لاتشتر كتاب الله ولكن اشتر الحديد والجلود وقل اشترى منك هذا بكذا وكذا ونحوه غيره (وفيه) انه لااشعار فى هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة ـ لورودها فى مقام بيان احكام اخر ـ لا اشتراط الصيغة وليس لها مفهوم كى تدل على عدم الصحة اذا كانت المعاملة بغير اللفظ (فتحصل) انه لادليل على عدم افادة المعاطاة الملكية ـ فالمتبع هو مادل على افادتها تلك .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١٣

٢ ـ الوسائل باب ٨ ـ من ابواب احكام العقود ـ حديث ٤

٣ ـ الوسائل باب ٣٠ ـ من ابواب مايكتسب به وباب ١٩ ـ و ١١ من ابواب عقد البيع وشروطه وباب ٨ ـ من ابواب كتاب المزارعة وغيرها.

# كلام بعض الاساطين ومايرد عليه

**(قوله قده ولذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة الخ )** لايخفى ان مـاذكره الشيخ الكبير ره من المحاذير للقول بافادة المعاطاة الاباحة قبل التصرف والتلف و الملكية بعد احدهما انما يكون على قسمين (احدهما) مايرجع الى بطلان القول بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الاباحة ـ وهو الاول والثالث مما عدده فى كلامه (ثانيهما) مايرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آناًما قبل التصرف او التلف.

وكيف كان فمن جملة المحاذير التى ذكرها(ان) لازم ذلك ان العقود وماقام مقامها لاتتبع القصود .

و اجاب المصنف ره عن ذلك بجوابين (الاول) الجواب الحلى (وحاصله) ان التبعية المزبورة انماهى فى العقود الصحيحة اذلايعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه ـ و اما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليه لامحذور فيه بل لامعنى للفساد الاذلك و اما ترتب شيء آخر عليه بتعبد من الشارع فلاينافى شيئاً من القـواعد و المقام كك فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا صحيحا فلايترتب عليها الملكية و ان قصدبها تلك و انما يترتب عليها الاباحة الشرعية لا المالكية بتعبدمن الشارع المستكشف من السيرة وغيرهاـ وليس ذلك تسبيبا بالعقود ولامضمونها حتى يقال وقع بالعقد مالم يقصد ـ فماقصد وان لم يقع الاانه لامحذور فيه لان لازم الفساد ذلك ـ وماوقع وان لم يقصد ـ الاانه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع مالم يقصد بل انماهو حكم شرعى فتدبر (وبهذا) البيان ظهر اندفاع ماأورده السيد الفقيه و المحقق النائينى ره عليه بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية وليست حكماتعبديا كى تخصص بمورد دون آخر (وجه الاندفاع) ان المصنف ره لم يدع انـه لامحذور فى تخلف العقد عـن القصد فى المعاملات

الفعلية - بل ادعى انه لايلزم ذلك فتدبر فيما ذكرناه .

الجواب الثاني - النقض - وهو ان التخلف في المقام انما يكون نظير التخلف في الموارد الخمسة - يعني ليس تخلفا حقيقة لانه تخلف جائز (المورد الاول) ان الاصحاب اتفقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه مع انهما لم يقصدا الاضمان كل منهما بالاخر (وفيه) ان السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه - الاقدام - ام قاعدة اليد - فما قصد به الضمان بالمسمى هو العقد وماترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض فلايكون نظيرا للمقام (المورد الثاني) الشرط الفاسد فانه لم يقصد المعاملة الامقرونة به و هو غير مفسد عند اكثر القدماء (وفيه) ان مبنى عدم مفسديته عدم تقييد البيع به و كون الشرط التزاما في التزام بمعنى ربط الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي و لازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لاالبطلان - فلايلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد (المورد الثالث) انه لو باع مايملك ومالا يملك بعقد واحد فانهم التزموا بوقوع بيع مايملك و صحته مع انه لم يقصد الابيعه مقرونا بمالا يملك ( و فيه) ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين - وعليه - فاحدهما صحيح ولم يتخلف عن القصد و ثانيهما باطل اي ما قصد لايقع و لايقع مالم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور (المورد الرابع) بيع الغاصب لنفسه فانه - اذا اجازه المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه (و فيه) ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الامر يبنى على انه المالك فالتخلف انما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لافي العقد و تمام الكلام في محله (المورد الخامس) اذا قصد بالصيغة في النكاح الانقطاع وترك ذكر الاجل فانهم حكموا بوقوعه دائما - فما قصد لم يقع وماوقع لم يقصد (وفيه) انهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء - و عليه - فحيث ان النكاح من الانشائيات فاذا ترك ذكر الاجل

لايتحقق الخصوصية الزايدة لعدم انشائها و انما يقع المطلق لقصده و انشائه فتدبر (والانصاف) ان شيئاً مما ذكرناه ليس ايراداً على المصنف ره لانه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل فى مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذى هو تخلف صورى لاحقيقى واقع كثيرا فتدبر.

و منها ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف او معه بنحو تكون الارادة سببا لها وهذا مناف لدليل سلطنة المالك ولايقاس - باعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك - فانه فى هذين الموردين توكيل فى التمليك والتملك قبل التصرف و هذا بخلاف المقام فان كلا من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطى ولايقصد الملك حال التصرف.

و اجاب المصنف ره عن ذلك بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك - ودليل جواز التصرف المطلق - واستصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف - هو ذلك اى حصول الملك بعد ارادة التصرف - و يكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك (اقول) يرد عليه - امران (الاول) ان غرض الشيخ الكبير ره ليس عدم الدليل على مملكية ارادة التصرف كى يصح الجواب عنه بان مقتضى الجمع بين القواعد ذلك اذ لايعتبر فى الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص - بل غرضه ان القول بذلك غريب لانظير له فى الفقه فلاينفع هذا الجواب (الثانى) ان تنظير المقام بتصرف الواهب و ذى الخيار فى غير محله فانه فى ذينك البابين الواهب ومن له الخيار يقصدان الفسخ والرجوع بالتصرف ولهما ذلك - فالتصرف بنفسه يكون رجوعا او كاشفا عنه - و هذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التمليك والتملك - على الفرض فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية (واما) الايراد على المصنف ره كما ذكره المحقق النائينى بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف مملكا (فغير صحيح)

فان مانقله المصنف ره كالصريح فيما استفاده منه ولعل المحقق النائيني لاحظ شرح القواعد ولم يجده موافقاً لماذكره المصنف ره .

و الحق في الجواب عما ذكره الشيخ الكبير - ان يقال انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هي المعاطاة وانما يكون التصرف او ارادته شرطا للملكية نظير القبض الذى هو شرط لحصولها في بيع الصرف .

و منها ان يصير ماليس من الاملاك بحكم الاملاك - فان الاخماس و الزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وغيرها مماهو مترتب على الاملاك تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه واجاب المصنف ره عنه بقوله .

**(و اما ماذكره من تعلق الاخماس والزكوات الى آخر ماذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع اليها)** و هذا يحتمل معنيين (احدهما) ان تعلق هذه الامور بالماخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لامانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به - ودفعه بمخالفته للسيرة حيث ان بناء المتشرعة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كساير الاملاك - رجوع - الى الاستدلال بالسيرة على الملك والمفروض عدم تماميته عند هذا القائل والا لالتزم بالملك (ثانيهما) ان الالتزام بعدم تعلقها به لامحذور فيه سوى الاستبعاد ودفعه بقيام السيرة على التعلق - رجوع اليها فيخصص بها مادل على عدم تعلقها بغير الاملاك - و الظاهر هو الاول - لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لايخفى (وفيه) ان هذا الجواب لايفيد في دفع ماافاده الشيخ الكبير فانه يقول لاكلام في تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة والمفروض انه ليس بملك فيلزم ان يكون غير الملك بحكم الملك وهذا في نفسه بعيد لانه لادليل عليه .

والحق ان يقال انه لو كان اشكال واستبعاد فانما هو في الاخماس والزكوات وحق الشفعة - و اما ساير المذكورات كالاستطاعة وحق الديان والنفقات وغيرها فتتعلق بغير الاملاك - لتحقق الاستطاعة بالبذل والاباحة - والدين يجب ادائه من مال

اذن صاحبه فى الاداء منه اذا كان حالا ـ والنفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه ـ والوارث يرث من الميت كل ماتركه من حق اومال ـ مع ـ انه يمكن الالتزام على هذا المسلك بمالكية المورث آناما قبل الموت ـ وتصح الوصية ايضاً ـ والربا يجرى فى البيع وان لم يفد الملك وهكذا البقية (واما) تعلق الخمس والزكاة وحق الشفعة والمراد به ان المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك ـ به ـ فان ثبت بدليل فيكون هو المخصص لمادل على توقفه على الملك لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله ـ والا فالقائلون بالاباحة منكرون للتعلق.

ومنها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الاخر (واجاب) المصنف ره عنه بقوله فقد ظهر جوابه ولكن الجواب المتقدم الذى ذكره عن مملكية التصرف من انه مقتضى الجمع بين القواعد لايكفى فى المقام لانه يقتضى مالكية المتصرف لما فى يده تصحيحا لتصرفه المتوقف على الملك ولايقتضى مالكية غير المتصرف نعم ـ الجواب الذى ذكرناه يكون جوابا عن هذا الايراد ايضا كما لايخفى.

و منها كون التلف من جانب مملكا للجانب الاخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين وانه لارجوع بالمثل او القيمة (واجاب) المصنف ره عن ذلك بقوله (واما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت الخ) توضيحه ـ ان مقتضى عموم على اليد(١) وان كان هو الضمان ببدله الواقعى ـ الا انه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل والقيمة ـ يدور الامر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا لذى اليد فيبقى عموم على اليد على حاله ـ وبين ان يكون باقيا على ملك مالكه الاول فيكون الاجماع و السيرة مخصصين لعموم على اليد ـ وقد ثبت فى محله ان التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران ـ وعليه ـ فلاجل ذلك بضميمة استصحاب عدم الملك الى آن قبل التلف يحكم بحصوله قبله آناما ـ هذا هو مراده قده ـ لاما افاده بعضهم ـ من ان غرضه ثبوت مملكية التلف بالاجماع و السيرة ـ و لكن يرد على المصنف ره امران (الاول) ان اليد فى المقام يد امانية شرعية او مالكية ولاتكون مشمولة لقاعدة على

١ ـ سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ ـ كنز العمال ج٥ ص٢٥٧

اليدعلى التقديربن (الثانى) ان التمسك بالعموم اى تقديم التخصص على التخصيص انما هوفيما اذالم يكن الحكم معلوما ـ واما اذاعلم ذلك وشك فى كون ماعلم عدم ثبوت حكم العام له من افرادالعام كى يكون ذلك تخصيصااوغيره فلامورد للتمسك باصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه .

فالحق فى الجواب عن الشيخ الكبير انه فى صورة التلف من الجانبين لا ضمان لعدم المقتضى مع انه يمكن الالتزام بمالكية كل منهما قبل التلف وفى صورة التلف من جانب واحد ـ انما يكون الطرف الاخر مالكا لمافى يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها فى الملكية عندهم بالتصرف المتوقف على الملك اوالتلف .

ومنها انه لوغصب المأخوذ بالمعاطاة غاصب ـ فلابد وان يكون المطالب هوالمالك المبيح لاالمباح له وهوخلاف ظاهر الاصحاب ـ والقول بتملكه بالغصب فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة ـ بعيد ـ (واجاب) المصنف ره عنه ـ بان لكل منهما المطالبة مالم يتلف اماالمالك فلمالكيته ـ واما المباح له فلفرض ان له السلطان على الماخوذ و الانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة ـ و اما فى صورة التلف فالمطالب للقيمة هوالمباح له لصيرورته مالكا بالتلف (ويرد) على المصنف ره ـ ان المالك بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة و الالزم الجمع بين العوض والمعوض .

و منها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح له دون العين فبعيد ـ او مع ملكية العين فكك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر ـ و مع عدم كونه ملكاله و دخوله فى ملك المالك حيث ان شمول الاذن له خفى فلازمه عدم جواز التصرف فيه وهو خلاف السيرة (واجاب) المصنف ره عن ذلك بان القائل بالاباحة لايقول بانتقال النماء بالاخذبل حكمه حكم اصله ويحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة (وفيه) ان الاحتمال الاول هوالذى اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفى ـ واما الاحتمال الثانى فهو الذى استبعده ( و لكن) يمكن الجواب

عن الشيخ بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا المالكية فلا تتوقف على الأذن .

ومنها انه فى التلف ـ ان ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب على السبب و ان ملكه معه فبعيد لانه لا استقرار له حتى يملكه وان ملكه بعده فهو ملك المعدوم (وفيه) انه يلتزم بالاول ويقال بتأثير المعاطاة فى الملكية وشرطها التلف بنحو الشرط المتأخر ـ اويقال بكونه كاشفا عن السبب فتدبر .

ومنها ان التصرف ان لم يتوقف على النية فهو بعيد ـ و ان توقف عليها كان الواطى لتجارية من غيرها و اطئا بالشبهة (و فيه) انه بنفسه شرط التاثير فى الملكية لا مع النية فلا بعد فيه مع انه لو توقف عليها كان الواطى للجارية من غيرها زانيا لا واطئا بالشبهة .

و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك فى التصرف اذن فى تمليك نفسه ـ فيتحد الموجب والقابل ـ وهذا بعينه يجرى فى القبض الذى هو اول تصرف يصدر من المتعاطيين بل هو اولى لكونه مقرونا بقصد التمليك دونه (و فيه اولا) ان حصول الملكية قبل التصرف او معه ليس من حيث الأذن فى تمليك نفسه بل هو بنفسه مملك (وثانيا) ان هذا لا يجرى فى القبض لعدم توقفه على الملك كى يقتضى الجمع بين الادلة حصول الملكية قبله اومعه (و ثالثا) انه لو كانت مملكية التصرف من باب الأذن فى التمليك ـ فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطى اذ لا فرق بين هذا الفعل الذى ينشأ به التمليك وغيره ( و لكن ) الانصاف ان ما افاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات فى محلها ـ وقد مر ان القول بالاباحة مما لا يمكن اثباته بالدليل ـ وانه يقتضى القول بالملك فراجع .

## اصالة اللزوم ـ استصحاب بقاء الملك

المورد الثانى فى ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم ام جائز ـ والكلام فيه يقع فى موضعين الاول ـ فيما استدل به على اللزوم .

( قال قده - اوفقها بالقواعد هو الاول بناءاً على اصالة اللزوم فى الملك الخ ) وقد استدل للزوم بامور ( احدها ) استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك فى زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقائه - و اورد عليه - بايرادين ( الاول ) ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقة المالك الاول (الثانى) انه من قبيل استصحاب الكلى فى القسم الثانى - وهو لايجرى - لان الفرد القصير وهو الملك المتزلزل مقطوع الارتفاع بعد الرجوع - والملك اللازم مشكوك الحدوث فيجرى استصحاب عدم حدوثه و المصنف ره لم يتعرض فى المقام للجواب عن الاول - واجاب عن الثانى - ( اولا) بان الاستصحاب يجرى فى القسم الثانى من اقسام الكلى ( و ثانيا ) بان استصحاب بقاء الملك فى المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلى و علله بما سيمر عليك - و على فرض الشك فى كون المستصحب شخصيا ام كليا يجرى الاصل - وان كان على فرض ثبوت كونه كليا لايجرى فيه الاصل ( اقول ) تحقيق القول فى المقام يقتضى التكلم فى مواضع (الاول) فى ان الملك المستصحب فى المقام هل هو كلى او شخصى بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل و المستقر - او هو شخص معين لعدم كون الجواز و اللزوم من الامور المنوعة او المفردة ( الثانى ) فى انه لو ثبت كونه شخصيا هل يجرى الاصل فيه ام لا - و لو ثبت كونه كليا فهل يجرى فيه الاصل ام لا - ولو شك فى ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا (الثالث ) فى انه فى المقام هل يكون اصل حاكم عليه و بعبارة اخرى هل يجرى استصحاب بقاء علقة المالك الاول ام لا .

اما الموضع الاول فالمصنف ره ذهب الى ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب - و استدل له بوجهين ( احدهما ) - ان الملكية ليست من الامور الواقعية او التعبدية الشرعية حتى يقال انا لانعرف حقيقتها بل هى امر اعتبارى يعتبرها المتعاقدان ( و عليه ) فحيث نرى بالوجدان والحس ان انشاء الملك فى البيع والهبة على نهج واحد فيستكشف من

ذلك اتحاد حقيقة الملك (الثانى) ان اللزوم و الجواز لو كانامن خصوصيات الملك فاما ان يكون التخصص بجعل المالك ـ او الشارع ـ فان كان الاول لزم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وعدمه وهو بديهى البطلان لعدم دخل قصد المالك فى الرجوع وعدمه ـ وان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ماقصده المنشىء وهو باطل فى العقود.

و اورد عليه بايرادات (الاول) ما افاده السيد الفقيه فى الحاشية ـ و هو ان الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف فى حقيقتها فان الملكية فى انظار العرف قسمان و انهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الموجودة فى العقود اللازمة (و فيه) انه بعد التوجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية ويعتبرها المالك لغيره. لايشك احد فى ان المعتبر فى الموردين شىء واحد وان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعى بجواز الفسخ والرجوع فى مورد دون آخر.

الثانى ما افاده ايضا فيها ـ و هو ان اختلاف السبب اذا لم يكن موجبا لا ختلاف المسبب لايكون مقتضيا لاختلاف الاحكام (و فيه) ان المصنف ره يدعى ان اللزوم و الجواز من احكام السبب نفسه لا من احكام المسبب فلاوجه لهذا الايراد.

الثالث ماافاده قده ايضا و تبعه المحقق الايروانى ره ـ و هو انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفى فى الاشكال التعدد الفردى كما فى الحيوان المردد بين زيد وعمرو فى الدار اذاكان قاطعا بخروج احدهما المعين (و فيه) ان المصنف ره يدعى عدم التعدد الفردى ايضا و ان الملك لا يختلف فى الحقيقة النوعية ولا فى الخصوصية الزايدة على الحقيقة ـ فالمتيقن هو الملك الشخصى المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اى المعاطاة و انما الشك فى ان هذا الشخص هل يكون سببه محكوما باللزوم او الجواز فهو نظير ما لوعلم بدخول زيد فى الدار و شك فى خروجه من جهة الشك فى انه هل دخل فيها بانيا على البقاء الى ساعة او الى

ساعتين فتدبر .

الرابع ما افاده السيد ايضا ايراداعلى الوجه الثانى الذى ذكره المصنف ره برهانا لمختاره ـ وهو ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع والهبة مثلا انما يكون من قبل المتعاقدين ـ وبالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انمايكون من قبل الشارع ولابأس بامضاء الشارع على غير ماقصده المنشيء فان هذا المقدار من الاختلاف مغتفر (وفيه) ان لازم ماافاده فى القسم الاول دوران اللزوم و الجواز فى النوعين مدار قصد المنشيء وهو بديهى الفساد واما ماذكره فى القسم الثانى فيرد عليه ان المصنف لايدعى استحالة امضاء الشارع على غير ماقصده المنشيء بل يدعى انه اذا لم يرد دليل الاعلى امضاء ماانشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ماقصداه وهذا امر بديهى (الخامس) ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب اذا لمتباينان لايعقل تأثيرهما فى شيء واحد (وفيه) ان المؤثر فى الملك انما هو الجامع بين السببين والاختلاف انمايكون فى خصوصيات السبب المؤثرة فى اللزوم والجواز (فتحصل) ان شيئا مما اورد على المصنف ره لايرد عليه (ويشهد) لعدم كونهما من مقومات الملك وعدم كون الاختلاف بينهما فى حقيقة الملك ـ مضافا الى ماذكره المصنف ره ـ وجهان آخر ان (احدهما) انه يلزم ان لو انشأ الملكية و لم يقصد اللزوم او الجواز ـ ولو بالقصد الى الملكية التى من شأنها ذلك ـ ان لاتقع الملكية اذ الجامع لايعقل وجوده بدون الفصل المميز ( الثانى ) انه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم واخرى للجواز مع وضوح خلافه فان المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه فى زمان الخيار جائزة وبعده لازمة ـ وبماذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين كك ظهر انها ليست ذات مراتب و ان الملك الجائز و اللازم ليسا فردين من الملك ( نعم ) لاننكر ان الاحكام الشرعية التكليفية و الوضعية تابعة للملاكات ولازم ذلك ان الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضى المصلحة الحكم عليه او على سببه باللزوم تارة وبالجواز اخرى ولكن مثل

هذه الخصوصية لايعقل ان تكون من مفردات الملك الاعتبارى كمالايخفى (فتحصل) مما ذكرناه ان الجواز واللزوم حكمان شرعيان جعلا للسبب او للمسبب ـ لايعقل ان يكونا من مقومات الملك وقيوده والالزم تقدم ماهو متاخر ـ فالملك فى الموردين شىء واحد .

واما الموضع الثانى فالكلام فيه يقع فى جهات (الاولى) اذا كان الملك فى الموردين شيئا و احدا ـ فعلى القول بجريان الاستصحاب فى الاحكام لاكلام فى جريان هذا الاصل و اما على القول بعدم جريانه فيها ـ فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الاحكام (ولكن) يمكن ان يقال ان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام انماهو محكوميته لاستصحاب عدم الجعل كما حققناه فى محله (وعليه) ففى المقام بماان جعل الملكية المستمرة ممالاشك فيه و انما يكون منشأ الشك فى بقاء الملك بعدالفسخ والرجوع ـ الشك فى جعل حق الفسخ و الرجوع والاصل يقتضى عدمه فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقيا فى زمان الشك الجارى فى ساير المقامات كما لو شك فى جعل وجوب صلاة الجمعة فى زمان الحضور خاصة ام الى يوم القيمة فانه يجرى فيه اصالة عدم جعل الوجوب لهافى زمان الغيبة الحاكم على استصحاب بقاء الحكم لا يجرى فى المقام و على ذلك فمقتضى الاصل بقاء الملكية .

الجهة الثانية بناءاً على تعدد الملك اللازم والجائز ـ هل يجرى استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما ـ ام لا ـ والمصنف ره فى الاصول اختار جريان استصحاب الكلى فى امثال المقام ـ اى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى ـ و لكن فى المقام بعد ماشار الى مختاره ـ قال ـ فتامل ـ وقدصار هذا الامر بالتامل سببا للايراد على هذا الاصل بايرادات (وحيث) ان بعضها ايراد على جريان الاصل فى هذا القسم مطلقا فقد اغمضنا عن ذكره لان محله فى الاصول وقد اشبعنا الكلام فيه فى حاشيتنا على الكفاية وبعضها ايرادعلى جريانه فى خصوص المقام ـ وهوامور .

الاول ماعن المحقق الخراساني ره وهو ان الشك في بقاء الكلي في المقام من قبيل الشك في المقتضي حيث انه يشك في ان الملك الحادث بالمعاطاة هل هو لازم يكون فيه اقتضاء البقاء حتى بعد الفسخ ام يكون جائـز الا يكون فيه اقتضاء البقاء بعده ـ فيكون نظير الحيوان المردد بين الفيل و البق ( و فيه ) ان الشك في المقتضي الذي ذهب المصنف ره في الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما اذا كان عمر المستصحب وامده في عمود الزمان مشكوكا فيه تكوينا او تشريعا ـ كالزوجية المرددة بين الانقطاع والدوام ـ والحيوان المردد بين البق و الفيل . واما اذا كان عمره معلوما وانه غير محدود بالزمان وكان الشك في رفعه و لو كان منشأ الشك الشك في وجود المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية فهو من الشك في الرافع وتمام الكلام في محله والمقام من قبيل الثاني ـ اذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة اوجائزة تكون باقية في عمود الزمان وانما الشك في رفعه بالفسخ .

الثاني ان الاصل المزبور لايثبت عنوان اللزوم (و فيه) ان الاثار مترتبة على الملكية الجامعة لاعلى عنوان اللزوم فلاحاجة الى اثباته .

الثالث ماافاده المحقق النائيني ره وهو ان استصحاب الكلي انما يجرى اذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع والبقاء نوعان كالحدث المردد بين الاصغر والاكبر واما في المقام فلااختلاف في الملك الا بنفس الارتفاع و البقاء اذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز ولو بقي بعده فهو لازم فاذا كان تنوعه بنفس اللزوم والجواز اى البقاء والارتفاع فلايجرى الاستصحاب فيه اذ معنى استصحاب الملك ح هو استصحاب الملك الباقي اى اللازم وهو على الفرض مشكوك الحدوث (ومرجع) هذا الاشكال في الحقيقة الى ان النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفي كل منهما احد ركني الاستصحاب منتف اذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث من الاول (وفيه) ان تنوع الملك ليس باللزوم و الجواز ـ بـل همـا على هذا المسلك قسمـان من الملك و يمتاز كل منهما عن الاخر مع قطع النظر عن البقاء و الارتفاع غاية الامر

ليس لكل منهما اسم خاص ـ والا فلافرق بين الملك والحدث فكما ان الثانى ينقسم الى الاصغر و الاكبر والكاشف عن الاختلاف الاختلاف فى الاثر ـ كك الاول فتدبر .

فالحق ان يقال ان استصحاب بقاء الكلى فى القسم الثانى انما يجرى فى الموضوعات من جهة ان استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لايترتب عليه عدم الكلى لعدم كون الترتب شرعيا و ليس بقاء الكلى فيها عين بقاء الفرد فان ذلك وان تم فى عالم العين الاانه لايتم فى عالم الاعتبار والتشريع كما فصل ذلك فى محله ـ ولا يكون جاريا فى الاحكام من جهة ان جعل الجامع فيها انما يكون بجعل الفرد ـ فلو علم بعدم وجود فرد . و كان مقتضى الا صل عدم وجود الفرد الاخر لايكون الشك فى بقاء الكلى باقيا اذلا وجود له سوى وجود الفرد ( والمقام ) من قبيل الثانى . فان الملكية انماهى من الاعتبارات الشرعية فاذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه و جرت اصالة عدم حدوث الملك اللازم ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما ( لايقال ) ان استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء القدر المشترك (فانه يقال) ان الملك اللازم بمالانه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائز غير ارتفاعه بالفسخ فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الاثر لا يجرى (نعم) لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللازم كان جاريا لكنه لايثبت (فتحصل) ان الاظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك فى المقام (ولعله الى هذا نظر المصنف ره حيث امر بالتامل . كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه فى حاشيته فلا يرد عليه شيء مما اوردوه عليه (ولايخفى) انه بناء على مااخترناه وحققناه فى الاصول من جريان الاصل فى الفرد المردد من جهة ان الموجود و ا ن كان مرددا عندنا و لكن لايضر ذلك بتيقن وجوده سابقا فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقا . لا مانع من استصحابه ومعه لاحاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك اذاثر القدر المشترك

اثر لكل واحد من الفردين فلا مانع من اجراء الاستصحاب فى الشخص الواقعى المعلوم سابقاً فتدبر .

الجهة الثالثة انه بناءاً على عدم جريان الاستصحاب فى الكلى فى امثال المقام - و جريانه فى الشخصى - لوشك فى ان الملك اللازم و الجائز قسمان - ام هما شىء واحد فهل يجرى الاستصحاب فيه لوشك فى زواله بالفسخ املا - و المصنف ره ذهب الى جريانه (واورد عليه) السيد فى الحاشية وجمع من المحققين - انه مع هذا الشك لايكون المستصحب محرزا فكيف يكون جاريا (اقول) يمكن توجيه ماافاده المصنف ره - بان عدم جريان الاستصحاب فى الكلى فى القسم الثانى - انما يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل - والا فمع عدم جريان الاصل فيه للتعارض اولغيره لاريب فى جريان الاصل فى الكلى وفى المقام بما انه لم يحرز كون الملك اللازم فردا اونوعا آخر لايجرى اصالة عدم حدوثه و معه لا مانع من اجراء الاصل فى الملك الموجود كان كليا ام شخصيا فتدبر فانه دقيق.

واما الموضع الثالث - فقد قيل انه يعارض هذا الاصل اصلان آخران وهما مقدمان للحكومة (احدهما) اصالة بقاء علقة المالك الاول - فانه يشك فى ان علقة المالك الاول هل انقطعت بالمرة بالمعاطاة ام بقيت مرتبة ضعيفة منها اثرها جواز الرجوع فيستصحب بقائها - بعد كون قوة العلقة وضعفها من مراتب شىء واحد لا انهما امران متباينان - فاذاجرى هذا الاصل لايبقى شك فى بقاء الملك كى يستصحب فان الشك فى بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك فى ثبوت هذا الحق وعدمه (وفيه) ان العلقة الثابتة للمالك لم تكن الا الملكية وبتبعها السلطنة على التصرفات - اما الملكية فهى قد زالت بالبيع والالزم اجتماع المالكين على شىء واحد - ولم يبق منها شىء لعدم ثبوت المراتب لها - واما السلطنة فهى تابعة للملكية فلا محالة تكون زائلة (ودعوى) ان للشخص - سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثا وبقاءاً و بالبيع زالت السلطنة عليه وكذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثا - اما السلطنة على

تسلط الغير بقاءاً فهى مشكوك الارتفاع فيستصحب بقائهاونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ (مندفعة) بان السلطنة على رد الملك سلطنة جديدة ان ثبتت فانها تثبت فى ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك (فالحق) ان حق الفسخ ان ثبت فهوحق حادث بعد زوال العلقة الاولية (ثانيهما) استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت فى زمان ثبوت خيار المجلس ـ فانه يشك فى زواله وبقائه بعد الافتراق فيستصحب بقائه (وفيه) ان ذلك الحق قدزال بالافتراق قطعا لقوله (١) ﷺ فاذا افترقا وجب البيع ـ فلو كان الحق باقيا فهوحق آخر مشكوك الحدوث تجرى اصالة عدم ثبوته ـ و الكلى الجامع بينهما لايجرى الاصل فيه لان الاستصحاب ح من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى والمختار عندنا عدم جريان الاصل فيه الا اذاعد الفردان مرتبتين من شيء واحد حتى فيما اذا احتمل حدوث الفرد الآخر مقارنا لحدوث الفرد الزائل قطعا (مضافا) الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعى و المختار عدم جريانه (فتحصل) مماذكرناه ان استصحاب بقاء الملك يجرى ويحكم بواسطته باللزوم.

(**قوله قده نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة الخ**) و ذلك فيما اذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعدالفسخ اذلا اصل يعين الواقع فى الخارج ـ واما فيما اذاكان الغرض متعلقا ببقاء الملك بعد الفسخ و عدمه فيكون مدعى اللزوم منكرا ومدعى الجواز مدعياً لموافقة قول المدعى للزوم للاصل.

## دليل السلطنة

الثانى دليل السلطنة وهوقوله صلى الله عليه وآله الناس(٢)مسلطون على اموالهم ـ وتقريب الاستدلال به وجهان (احدهما) التمسك بعموم هذاالدليل واطلاقه الزمانى اوالاحوالى الشامل لمابعد الفسخ ـ بان يقال ان مقتضى عمومه ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ

---

١ـ الوسائل باب ١ ـ من ابواب الخيار ـ حديث ٢

٢ـ البحار ج٢ ـ ص٢٧٢ ـ الطبع الحديث ـ وج١ ص١٥٤ الطبع القديم

المالك الاول ورجوعه ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ ورجوعه (و فيه) ان موضوع السلطنة هو مال الانسان وملكه . وثبوته بعد الفسخ غير محرز اذ لو كان الفسخ مؤثرا لما كان الموضوع باقيا . ومع الشك في صدق الموضوع لامجال للتمسك بالاطلاق (ثانيهما) التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولي لجميع انحاء التصرفات و من جملتها دفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الاول ولازمه عدم تأثير فسخه. وبعبارة اخرى-خروج المال عن ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم خروجه وعدم تأثير رجوع المالك الاول .

و اورد عليه بايرادات (الاول) ان الدليل انما يدل على سلطنة المالك على ماله لاعلى عدم ثبوت السلطنة لغيره - فلايدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الاول (وفيه) ان لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته و الا لم تكن سلطنة مطلقة فتملك الغير بلا رضا منه مناف للسلطنة المطلقة فليس له ذلك (الثاني) ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك واستقلاله في التصرفات ولايدل على ازيد من ذلك (ويرد عليه) ما تقدم عند ذكر الاستدلال به على مملكية المعاطاة فراجع (الثالث) ان حق الفسخ على فرض ثبوته للمالك الاول في المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد - وبعبارة اخرى متعلقه العقد لاالعين فلاينافي ثبوته السلطنة (وفيه) ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه فثبوته ينافي السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك فينتفي به (الرابع) ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هي السلطنة على التصرف في ماله واما التصرف المزيل للموضوع فلاينافي السلطنة المنافية في المال (وبعبارة اخرى) ان هذا الدليل كساير الادلة انما يدل على ثبوت الحكم في ظرف ثبوت الموضوع ولا يكون متعرضا لبقاء الموضوع وارتفاعه (وعليه) فكما ان هذا الدليل لايدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض كذلك لايدل على عدم سلطنة الغير على ازالتها (وان شئت قلت) ان هذا الدليل كما لايدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية

كك لايدل على السلطنة على ابقائها كي تكون سلطنة الغير على ازالتها منافية لسلطنة المالك على ماله (ولايتوهم) انا ندعى عدم دلالته على تسلط المالك على تمليك ماله للغير - لما عرفت فى البحث عن مملكية المعاطاة الفرق بين تمليكه ماله للغير وبين ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض وان هذا الدليل يدل على ثبوت الاول دون الثانى (وعليه) فهو يدل على عدم سلطنة احد على تملك مال الغير بلاعوض اومعه - ولايدل على عدم سلطنته على ازالة الملكية عنه بالرجوع فتدبر فانه دقيق - فالاظهر انه لايدل على اللزوم

الثالث من ادلة اللزوم - مادل على انه (١) لايحل مال امرء الابطيب نفسه وتقريب الاستدلال به بوجهين كما فى دليل السلطنة بل التقريب الثانى المتقدم هناك فى المقام اوضح فان صريح مدلوله عدم جواز التصرف فى مال الغير بلارضاه - و الجواب عن الوجهين ماتقدم (ويمكن) ان يجاب عن التقريب الثانى الذى هو العمدة فى المقامين - فى هذا المقام بجواب آخر وهو ان الحلية من جهة استنادها الى المال لاالى المعاملات ظاهرة فى الحلية التكليفية الاترى انه لم يحتمل احد فى قوله ﷺ كل شيء حلال - ان يدل على نفوذ المعاملات (و بالجملة) لاريب فى ظهورها فى الحلية التكليفية وقد تقدم فى اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لاتستلزم الفساد - و عليه - فهذا الدليل اما لايشمل الفسخ للعلم بعدم حرمته تكليفا اويشمله ولايدل على عدم نفوذه فتدبر .

## آية التجارة عن تراض

الرابع قوله تعالى (٢) لاتأكلوا امـوالكم بينكم بالباطل الاان تكون تجارة عن تراض منكم. وقد استدل المصنف ره بكل من المستثنى والمستثنى منه .

---

١- هذا المضمون فى كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى والمستدرك ج١، ص ٢٢٢ وفروع الكافى ج١، ص ٤٢٦ والاحتجاج ص ٢٦٧

٢- النساء الاية ٢٩

اما الاول فقد استدل به بتقريبين (الاول) ما فى اول الخيارات و هو انه يدل على جواز الاكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ (وفيه) ماتقدم فى دليل السلطنة من انه تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية حيث انه لايعلم بقاء الملك بعد الرجوع (مع) انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الاكل لاالتملك (التقريب الثانى) ماذكره فى المقام من انه حصر مجوز الاكل فى التجارة و المرادبه اكله على ان يكون ملكا للاكل ـ و من المعلوم ان الفسخ ليس تجارة ولاعن تراض (و فيه) انه قده سيصرح فى مبحث الاكراه بان الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لايفيد الحصر وهذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك وعليه فلادلالة لهذه الجملة على الحصر فلاوجه للاستدلال بها .

واما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب ان اكل مال الغير وتملكه بغير رضاه اكل وتصرف بالباطل عرفا ( وفيه اولا ) انه وان كان المرادبالباطل هو الباطل العرفى لاالشرعى ـ الا انه ـ حيث يكون اذن المالك الحقيقى موجبا للخروج عن كونه باطلاويحتمل فى المقام اذنه فى الفسخ فكون الفسخ من الباطل مشكوك فيه و مع الشك فى صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه (وثانيا) انه يحتمل اختصاص الاية بالمعاوضات من جهة التعبير ـ باموالكم بينكم ـ الظاهر فى اعطاء مال واخذ مال والرجوع ليس منها فانه رد للملك ويستتبع ذلك رجوع العوض لانه تملك بعوض (وثالثا) ان الفسخ اذاكان حلا للعقد فلايشمله الاية الشريفة لانه ليس سببا للاكل بل هوانما يرفع السبب المملك وبعده يكون الملك بالسبب الاول (فتحصل) انه لايصح الاستدلال على اللزوم بهذه الاية الشريفة .

## دليل لزوم خصوص البيع

الخامس قوله (١) ﷺ البيعان بالخيار مالم يفترقا وتقريب الاستدلال به بعد

---

١ـ الوسائل باب ١ـ من ابواب الخيار حديث ٣ـ وبمضمونه اخبار اخر فى ذلك الباب

فرض صدق البيع على المعاطاة والبيع على المتعاطى - واضح .

واورد عليه (تارة) بانه يدل على اللزوم الحيثى لااللزوم من جميع الجهات ولذا لاينافى ثبوت خيار الحيوان والشرط و نحوهما (و اخرى) بانه فى مقام جعل الخيار لاجعل اللزوم فلاوجه للتمسك باطلاقه (وثالثة) بماافاده المحقق النائينى ره و هوانه انما يدل على اللزوم والجواز الحقيين لااللزوم الحكمى و فى المعاطاة ان ثبت اللزوم فهو حكمى .وفى الكل نظر ( اما الاول ) فلكونه خلاف اطلاق الخبر و (اما الثانى) فلانه فى مقام جعل الخيار قبل التفرق واللزوم بعده ولذا فى بعض النصوص قال عليه السلام بعد ذلك فاذا افترقا فلاخيار لهما (و اما الثالث) فلان اللزوم مطلقا حكمى بمعنى انه مجعول شرعى لامن منشئات المتعاقدين ولذا لواوقعا العقد غير قاصدين له بل للجواز لايتصف العقد الابه كما لايخفى (فالاظهر) صحة الاستدلال بهذا الوجه للزوم المعاطاة فتدبر .

## آية الوفاء بالعقد

السادس قوله (١) تعالى اوفوا بالعقود وتنقيح القول فيه برسم امور:

الاول ان العقد غير العهد فان العهد هو الجعل والقرار وهو يشمل العهود الالهية اى التكاليف وساير مجعولاته و لو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافة - كما فى قوله تعالى (٢) لاينال عهدى الظالمين .واما العقد. فهو ربط شيء بشيء و منه عقد الازار لربطه - و عقدة اللسان لارتباطه المانع عن ارساله - و العقد فى اصطلاح الفقهاء فى قبال الايقاع - وهذا معنى شامل للارتباطات الواقعة فى النفس والارتباطات المتعلقة بالاعتباريات فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالاخر وبماذكرناه ظهر (ان ما) فى المتن تبعا لجملة من اللغويين وتبعه

---

١ - المائدة الاية ٢

٢ - البقرة الاية ١٢٤

جمع من المحشين من تفسيره بالعهد او المشدد منه ( غير صحيح ) كما ان ما افاده المحقق النائيني ره في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة بان العقد انما يسمى عقداً لكونه مفيدا للعهد المؤكد والميثاق اى التزام المتبايعين بما انشأ و الفعل قاصر عن افادة هذا المعنى ـ فانه انما يفيد تبديل احد طرفي الاضافة بمثله ـ ولا يدل على الالتزام المزبور ـ وهذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام ( غير تام ) فان العقد لادخل للفعل والقول فيه بل هو امر نفساني يكون الكاشف عنه تارة القول واخرى الفعل.

الثاني ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه و الايفاء عبارة عن الاتمام و الانهاء (و عليه) فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده ـ و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على ملكية عين بعوض كان الوفاء بـه اتمامه و عدم رفع اليد عنه بحله ونقضه . وبذلك يظهر امران (الاول) ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد في المقام تسليم العوضين ـ غير تام . اذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك فهو اجنبي عن الوفاء به ( الثاني ) ان ما افاده المحقق الايرواني ره من ان العقد على النتيجة لايكون مشمولا للاية اذ العقد عليها اما ان يؤثر في وقوعها اولا وعلى كل حال لاعمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب اوفوا ـ في غير محله .

الثالث ان الامر بالوفاء اما ان يكون ارشاديا ـ او يكون امرا مولويا نفسيا . و على الاول حيث انه لامعنى لكونه ارشادا الى الصحة لما عرفت من ان الوفاء بالعقد في المقام عبارة عن اتمامه وعدم رفع اليد عنه وهذا فرع نفوذه وصحته ـ فلا محالة يكون ارشادا الى اللزوم . وقد ادعى المحقق النائيني ـ ظهوره في ذلك بدعوى انه كما يكون للامر والنهي في باب المركبات ظهور ثانوي في الارشاد الى الجزئية و المانعية كذلك في المعاملات يكون ـ ارشادا الى حكم وضعي وهو في المقام اللزوم و عدم تأثير الفسخ والرجوع . فعلى هذا دلالته على لزوم المعاطاة واضحة و لكـن لم يثبت هذا الظهور ـ وان كان مولويا نفسيا . فيمكن تقريب دلالته على اللزوم وعدم تاثير الفسخ بوجهين (احدهما) ان وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو

بمناط عدم ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم. ولايحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق . ومن عدم الحق يستكشف عدم تاثيره (ثانيهما) الاجماع على انه لوكان حراما كان غير مؤثر وانه لوكان مؤثرا لما كان حراما ـ (فتحصل) ان الاظهر دلالة هذه الاية الشريفة على اللزوم فى المعاطاة .

## دليل الشرط

السابع قوله ﷺ (١) المسلمون عند شروطهم .وتقريب الاستدلال به على مافى المتن ان الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ماكان بغير اللفظ (اقول) الاستدلال به على اللزوم . انما يتوقف على امرين صدق الشرط على المعاملات كالبيع ـ ودلالته على اللزوم (اما الاول) فمع قطع النظر عما سيأتى فى مبحث الشروط من الكلام فى صدق الشرط على الالتزامات المعاملية حيث انه يعتبر فى صدقه كون الالتزام فى ضمن التزام و لايصدق الشرط على الالتزام الابتدائى (وبعبارة اخرى) الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله ـ ولذا قال فى محكى القاموس ـ الشرط الزام الشىء او التزامه فى البيع و نحوه ـ ولايصدق على الالتزام المستقل الابتدائى فلا يصدق الشرط على البيع (واما الثانى) فالاظهر انه انشاء حكم تكليفى لاوضعى ـ وذلك لان مضمونه لوكان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه او الصحة ـ ولكن بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه ـ وهذا ليس صفة فى الشرط كى يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه بل هو صفة فى المؤمن فلامحالة يكون ظاهرا فى كونه امرا بالوفاء بالشرط تكليفا ( و عليه ) فيجرى فيه ماذكرناه فى دليل وجوب الوفاء بالعقد فراجع .

الثامن السيرة العقلائية فانها قائمة على لزوم كل معامله صحيحة و (بعبارة اخرى) ان العقلاء بما هم عقلاء ملتزمون بعدم جواز الرجوع فى كل معاملة بنوا على

---

١ـ الوسائل ـ باب ٦ من ابواب الخيار

صحتها وحيث ان الشارع الاقدس لم يردع عنها لما ستعرف من عدم تمامية ما استدل به على عدم اللزوم فيستكشف من ذلك امضائه لها .

التاسع النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه ره ـ مثل صحيح(١) جميل عن الصادق(ع) الوارد فيمن اشترى طعاما او ارتفع او نقص في القيمة وقد اكتال بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقى وقال ان لك ما قبضت فقال ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقي ـ وجه الدلالة انه ( ع ) حكم باللزوم بمجرد المساعرة و ان لم يكن الانشاء باللفظ ونحوه غيره ـ وفيه ـ ان هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها ( فتحصل ) مما ذكرناه ان الاستصحاب ـ والسيرة و دليل وجوب الوفاء بالعقد ـ و دليل لزوم البيع بالخصوص ـ تدل على لزوم المعاطاة .

## ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها

المورد الثاني ـ فيما استدل به على عدم اللزوم ـ وهو امور:

احدها الاجماع ـ وتقريبه من وجهين (الاول ) الاجماع البسيط على عدم اللزوم وقد ادعاه غير واحد (وفيه اولا) انه غير ثابت كيف وان ظاهر ما عن العلامة ره في التذكرة والمختلف ـ من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم الى الاشهر و الاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار (وثانيا ) ان اغلب المجمعين بانون على عدم افادة المعاطاة للملكية فيكون الاتفاق تقييديا لا يفيد ( وثالثا ) ان مدرك المجمعين معلوم فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم .

الثاني الاجماع المركب ـ بتقريب ان الاصحاب بين من يقول بعدم افادتها الملك ـ ومن يقول بعدم لزومها ـ فالقول باللـزوم احداث للقول الثالث (وفيه ) اولا ـ انه ليس اجماعا لوجود القائل باللزوم ـ وثانياً ـ انه ليس اجماعا تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم كما تقدم ـ وثالثا ـ ان كون الاصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢٦ ـ من ابواب احكام العقود ـ حديث ٣

المركب مالم يكن اجماعا على عدم الثالث و فى المقام حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك فلايفيد .

الثالث سيرة المتشرعة فان بنائهم فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة ـ وفى المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين اذا كان انشاء البيع بالتعاطى (وفيه) ان هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة الى زمان المعصوم عليه السلام بل يحتمل قويا كونها مستندة الى فتوى المراجع و الفقهاء فلاتفيد .

الرابع الاخبار الخاصة التى اشار اليها المصنف ره بقوله (ويظهر ذلك من غير واحد من الاخبار )و يمكن ان يكون نظره الى ماتقدم فى ادلة افادة المعاطاة الملك من الخبر (١) الوارد فى بيع المصحف والوارد (٢) فى بيع اطنان القصب ـ ويمكن ان يكون نظره الى ماسينقله من الاخبار التى ادعى اشعارها اوظهورها ـ فان كان نظره الى الاول فيرد عليه ماتقدم ـ وان كان الى الثانى فسيأتى مافيه .

الخامس ما افاده المحقق النائينى ره (و حاصله )ان اللزوم على قسمين ـ لزوم حكمى ـ ولزوم حقى ـ والاول ـ انما هو مايجعله الشارع الاقدس فى موارد لمصلحة تدعو الى ذلك كما فى الهبة بذى الرحم واثر هذا عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الاقالة ـ و يقابل هذا الجواز الحكمى كما فى الهبة بغير ذى الرحم ـ واثره عدم جواز الاسقاط ـ و الثانى ـ انما يكون بانشاء المتعاقدين كما فى البيع اللفظى فان البايع ينشأ باللفظ امرين ـ احدهما تبديل احد طرفى الاضافة بمثله ـ ثانيهما الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن والاول مدلول مطابقى للفظ والثانى مدلول التزامى له ـ ويقابل هذا الجواز الحقى و هو ما جعل فيه الخيار ـ و فى المعاطاة ليس شىء من اللزومين ـ اما الاول ـ فلعدم الدليل عليه ـ واما الثانى ـ فلان الفعل قاصر عن افادة

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٣١ ـ من ابواب مايكتسب به

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٩ ـ من ابواب عقد البيع و شروطه

الالتزام ببقاء البدلية وان قصد المتعاقدين ذلك اذ مجرد البقاء القلبى مالم ينشألايفيد فى باب المعاوضات والفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لايصلح لكونه انشاءاً له فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى الذى لايمكن القول به فى المعاطاة لاتشملها وتختص بالبيوع اللفظية فتكون المعاطاة جائزة لابالجواز الحكمى التعبدى ولابالجواز الحقى من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم (وفيه اولا) ان اللزوم مطلقا يكون بجعل الشارع ولذا لو قصد المتعاقدان الجواز فى البيع اللفظى لماحكم به غاية الامر فى بعض الموارد جعل حق الخيار والاقالة وفى بعض الموار دلم يجعل ذلك و الا فاللزوم مطلقا انمايكون بجعل منه وعليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انماتكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللفظى بلافرق بينهما اصلا (وثانيا) ان الفعل كمايكون قاصرا عن افادة الالتزام ببقاء البدلية كذلك اللفظ قاصر عن افادته اذليس ذلك لازما لقصد تبديل المال بالمال كى يكون اللفظ الدال عليه دالاعليه بالدلالة الالتزامية فتدبر.

السادس خبر(١) خالد بن نجيح - اوالحجاج - قال قلت لابيعبدالله عليه السلام الرجل يجىء فيقول اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا فقال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال عليه السلام لابأس به انمايحلل الكلام ويحرم الكلام - و تقريب الاستدلال به انه عليه السلام حصر المحلل والمحرم فى الكلام اى اللفظ فلايكون الفعل محللاومحرما. (اقول) هذا الحديث مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر اذلو كان الخبر مرويا عن ابن نجيح فهو مجهول - ولو كان عن ابن الحجاج يكون حسنا وحيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فمن حيث السند لايتم الاستدلال بـه (واما) من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف ره المراد من الفقرة التى ذكرت علة - اى قوله عليه السلام انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - احتمالات اربعة - وستمر عليك - وهنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر - ذكره صاحب الجواهر ره والمحقق الخراسانى والمحقق الاصفهـانى و المحقق الايروانى. (وحاصله) ان المراد بالكلام الالتزام البيعى و المراد بالمحللية

---

١- الوسائل- باب ٨- من ابواب احكام العقود حديث ٢

والمحرمية المنسوبتين اليه محللية الايجاب للمبيع على المشترى والثمن على البايع ومحرمية المبيع على البايع والثمن على المشترى واطلاق الكلام على الالتزام شايع. مثل «كلام الليل يمحوه النهار» (فالمتحصل) من الخبر - ان المشترى حيث انه ان شاء اخذ وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة و انما الواقع صرف المواعدة و المقاولة فلا بأس لعدم كونه ح من بيع ماليس عنده - وهذا بخلاف ما اذا تحقق ايجاب البيع وانطباق هذه الفقرة على جوابه ﷺ على هذا فى غاية الوضوح و (عليه) فهذا الخبر اجنبى عما استدل به له وهو اعتبار اللفظ فى اللزوم .

واما الاحتمالات التى ذكرها المصنف ره فشيء منها لايخلو عن الاشكال - وهى اربعة (الاول) ان يكون المراد بالكلام اللفظ فيكون المراد انحصار المحلل والمحرم باللفظ دون القصد المجرد ودون الفعل مع القصد - ويرد عليه امور (منها) لزوم تخصيص الاكثر- فان التذكية تحلل الحيوان - وذهاب الثلثين يحلل العصير المغلى بالنار - وانقلاب الخمر خلا يحلل الخمر - والحيازات تحلل الاموال. وموت المورث يحلل المال للورثة الى غير ذلك من الموارد ( و منها ) ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة ولا التمليك و هو خلاف الاجماع ( و منها ) عدم انطباقه على جواب الامام (ع) فانه فى صدد بيان ان بيع ماليس عنده فاسد و ان مجرد المقاولة لابأس به وعليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لايخفى . (الثانى) ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق بمتعت نفسى بكذا ويكون هذا محللا له - ولايتحقق - بملكتك بضعى بكذا ويكون هذا محرما له - ويرد عليه (اولا) انه لاينطبق على المورد فان فى المورد مضمونين احدهما المواعدة وثانيهما البيع والامام (ع) فى صدد بيان ان الاول لابأس به والثانى فيه بأس- (وثانيا) ان التحريم على هذا ليس مستنداً الى الكلام (وثالثا) ان المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام فى الموردين ( الثالث ) ان يكون المراد بالكلام فى الموردين الكلام الواحد ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه او باعتبار محله وغير محله

مثل عقد النكاح يحلل اذا كان العاقد محلا ـ ويحرم اذا كان محرما (ويرد عليه) ان التحليل والتحريم باعتبار الوجود والعدم في غاية البعد فانه مضافا الى ان الظاهر منه ما هو بالحمل الشايع كلام ـ الاترى انه لم يحتمل احد ارادة العدم في غير المقام مثلا لم يحتمل احد في قوله تعالى ( ولله على الناس حج البيت ) ان المراد عدم الحج ( ان ) تقدير العدم ينافي وحدة السياق مع ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لاتصح اذ العدم لا يؤثر في الصحة ـ و اما باعتبار وقوع الكلام في محله و في غير محله فهو ايضا لا يتم اذ الا يجاب الواقع في غير محله لا يكون محرما لان عدم الحلية انما يكون لعدم حصول الا يجاب الصحيح لالحصول الا يجاب الفاسد (الرابع) ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقاولة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وبعبارة اخرى يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها اوصرف المقاولة (ويرد عليه) ان المقاولة لاتكون محللة لشيء كما ان البيع الفاسد لايحرم شيئا .

ثم انه يمكن تصوير احتمالات اخر في الخبر الا انه لايهمنا التعرض لها وقد عرفت ان الاظهر هو ما اخترناه تبعا للاساطين وعليه فالخبر اجنبي عن المقام .

**(قوله قده نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع الخ )**

اقول هذا لايتم بناءاً على الاحتمال الذي استظهرناه ( و اما ) بناءاً على ما استظهره المصنف ره من الخبر ـ فغاية مايمكن ان يقال في تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ في البيع انه حصر المحلل والمحرم في الكلام ولو لم ينحصر ايجاب البيع به ووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم في الكلام (ولكنه غير تام) اذ الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافة الى الايجاب في مقابل المقاولة لا بالاضافة الى اللفظ في قبال الفعل مثلا . وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالاضافة الى وجود الايجاب في قبال عدمه ـ او بالاضافة الى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله ـ فتدبر (نعم) لو كان للوصف مفهوم صح ماذكر .

(قوله قده فتامل) لعله اشارة الى انه فى المعاطاة لايعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفى الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشترى الثمن قاصدا به الاستيجاب واخذه البايع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام ياتى ـ او الى انه لادلالة فى الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشترلى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما .

(قوله قده فان الظاهر ان المراد من مواجبة الخ) الانصاف انه لااشعار فى شىء من هذه النصوص (١) بذلك فضلا عن الظهور فتدبر .

(فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة ان المعاطاة تفيد الملك و تكون لازمة .

## تنبيهات المعاطاة ـ التنبيه الاول ـ يعتبر شرايط البيع فيها

(قوله قده الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك

بيع بل الظاهر من كلام الخ ) ـ حق القول فى المقام يقتضى التكلم فى موارد (الاول) فى انه هل يعتبر فى المعاطاة شروط البيع كمعلومية العوضين ووجوب التقابض فى الصرف والسلم وغيرهما و هل يلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه ام لا ( الثانى ) فى انه هل يجرى فيها الربا ام لا ( الثالث ) فى جريان الخيار فيها .

اما الاول فان قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك و لا تكون بيعا ـ فان كان دليل امضائها ـ مماله اطلاق (٢) كاو فوا بالعقود ونحو ذلك فالاظهر عدم اعتبار شىء من الشرائط فيها اذ تلك شرائط للبيع على الفرض و المعاطاة ليست بيعا و مقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناءاً على ما عرفت من صحة

١ـ راجع الوسائل ـ باب ٨ من ابواب احكام العقود

٢ ـ المائدة الاية ٢

التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفى اعتبار ماشك فى اعتباره فى الاسباب و ان كانت الفاظها اسامى للمسببات ـ و ان كان دليل امضائها السيرة التى ليس لها اطلاق فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء فى مقام التعاطى فعدم الاعتبار واضح وان لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل اللبى والاصل يقتضى عدم ترتب الاثر عليها عند فقدها (وبه) يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة .(واما) ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة وقصد بها الملكية فتارة نقول انها تفيد الملك اللازم ـ واخرى نقول انها تفيد الملك الجائز وثالثة نقول انها تفيد الاباحة .

فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فالاظهر اعتبار جميع الشروط فيها ولحوق جميع احكامه لها و ذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره فى البيع الشرعى مطلقا فالامر واضح لانها بيع وان لم يكن له اطلاق كما اذا ثبت شرطية شيء للبيع بالاجماع فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعا لا يكون اجماع على اعتباره فى المعاطاة فلا وجه لاعتباره فيها ( ولكنه ) توهم فاسد فانه فرق بين موارد التخصيص والتخصص ( توضيح ذلك ) انه تارة ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء ولكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا ـ او جمع منهم الى عدم وجوب اكرامهم وفى هذا المورد يؤخذ بالمتيقن و يحكم بعدم وجوب اكرام النحويين واختصاص الاجماع بغيرهم ـ واخرى ينعقد على وجوب اكرام كل عالم ـ الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن فلو كان النحوى عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه والمقام من قبيل الثانى اذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط فى المعاطاة انما يقول به لاجل انه لا يراها بيعا (وعليه) فلا وجه للاخذ بالمتيقن من الاجماع (وبالجملة) فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع اليها فى تعيين الحكم الكلى واما صدق الموضوع على فرد وعدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر .

ثم انه لافرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك واللزوم هي ادلة امضاء البيع ام كان هي السيرة ( وعن ) المحقق الاصفهاني ره انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة وقد فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء الذي دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعي مطلقاً في مقام التعاطي كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط ودالة على اختصاصه بالقولي (اقول) ان المراد بهذه السيرة ان كان هي السيرة العقلائية فلايعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط فان ذلك الدليل انما يدل على دخله في البيع الشرعي كما سيمر عليك - فلا محالة لابد من تقديمه على السيرة على عدم اخذه في البيع العرفي كما لايخفى - وان اريد بها سيرة المتشرعة المستمرة كان ما ذكر تاما ان ثبتت لكن دون اثباتها خرط القتاد - فالاظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك ولحوق جمع احكامه لها .

وان قلنا انها تفيد الملك الجائز - ففيها اقوال ووجوه (احدها) اعتبار جميع شرائط البيع فيها (الثاني) عدم اعتبار شيء منها فيها (الثالث) التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها و ما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلايعتبر (الرابع) التفصيل بين ان يكون دليل نفوذ المعاطاة الادلة اللفظية فيعتبر فيها شرائط البيع وبين ان يكون دليل النفوذ السيرة فلاتعتبر فيها (والاظهر) هو الاول - لان الادلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع تدل على اعتبارها في كل ما يصدق عليه البيع سواء اكانت من الادلة اللفظية - او اللبية - والمعاطاة بيع على الفرض.

واستدل للثاني في المتن - بان البيع اذا وقع موضوعا في النص و الفتوى للاحكام ظاهر فيما حكم فيه باللزوم و المعاملة اللازمة من غير جهة الخيار - و لذا قالوا البيعان بالخيار مالم يفترقا - و قالوا - الاصل في البيع اللزوم و الخيار انما ثبت لدليل - و قالوا ان البيع من العقود اللازمة - ( و بالجملة ) البيع في النصوص و كلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنيا على اللزوم الذي لو ثبت فيه الجواز كان جواز احقيا - والمعاطاة وان كانت بيعا الا انها محكومة بالجواز الحكمي -

فلاتشملها ادلة الشرائط (وفيه اولا ) ان اللزوم والجواز على مـا اعترف به سابقا من احكام السبب لا من خصوصيات المسبب و البيع اسم للمسبب فلا مورد لدعوى انصراف البيع الى البيع اللازم (وثانيا) انه لوسلم كون البيع قسمين ـ لازما وجائزا ـ ولكن لاوجه لدعوى الانصراف الى اللازم لان الغالب تحقق البيع بالتعاطى وعلى فرض التنزل لاغلبة للقولى ـ مضافا الى ان الغلبة لاتكون منشأ للانصراف (وبالجملة) بعد ما لا اشبهة فى ان صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف فلامورد لدعوى الانصراف.

و استدل للثالث (بان) الانصراف المـزبـور انمـا هو فـى كلمات العلماء ولا يكون فى الاخبار (وعليه) فماثبت اعتباره بالاخبار يكـون معتبـرا فـى المعاطاة ـ وما ثبت اعتباره بالاجماع فهولا نصرافه عندهم الى البيع القولى لايكون معتبرا فيها ( وبانه ) لابدمن الاخذ فى الادلة اللبية بالمتيقن وهو يقتضى الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار فى المعاطاة وهذا بخلاف الدليل اللفظى ـ وفيهما نظر ( اما الاول) فلما تقدم من منع الانصراف ( واما الثانى ) فلما مر من ان الاخذ با لمتيقن انما هو فى مورد التخصيص لا التخصص والمقام من قبيل الثانى فراجع.

واستدل للرابع ـ بما تقدم هو وجوابه ـ فى المورد الاول اى بناءاً على القول بافادة المعاطاة الملك اللازم فراجع (فالاظهر) اعتبار جميع الشرائط فى المعاطاة بناءاً على افادتها الملك مطلقا.

و ان قلنا بانها تفيد الاباحة الشرعية ـ فقد استدل المصنف ره على اعتبار الشرائط فيها ـ بوجهين ـ (الاول) انها بيع عرفى وان لم تفد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفى ( الثانى ) ان الاصل فى المعاطاة على القول بعدم الملك الفساد وعدم تاثيره شيئا خرج ماهو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم وهو المعاملة الجامعة للشروط عدى الصيغة و بقى الباقى (اقول) يرد على الوجه الاول انه فرق بين دليل امضاء البيع ـ ودليل اعتبار شىء

فيه ـ والاول لابد و ان يكون موضوعه البيع العرفى لانه القابل للامضاء ـ و الثانى لايعقل أن يكون موضوعه ذلك بل لابد وان يكون البيع الشرعى ـ اذهو المشروط بنظره بشىء اما البيع العرفى فلايعقل اناطته بشىء من ما اعتبره اذ اعتبار شخص كيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر (واما الثانى) فلان دليل امضاء المعاطاة كان هو الدليل اللفظى او السيرة ـ يكون عاما شاملا للفاقد لتلك الشرائط كما تقدم ـ وبهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها ـ و يأتى فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما ـ و الاظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك ايضا ـ لما تقدم من ان المعاطاة على هذا المسلك ايضا ـ بيع شرعى غاية الامر تأثيرها فى حصول الملك مشروط بالصرف المتوقف على الملك اذ التالف نظير القبض المشروط بيع الصرف به و قد تقدم توجيه ذلك وعليه فيعتبر فيها كل ماهو من شرائط البيع (فتحصل) ان الاظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

## فى جريان الربافى المعاطاة

المورد الثانى فى جريان الربا فيها وعدمه . و ملخص القول فيه انه (تارة) نقول بجريان الربا فى كل معاوضة و ان لم تكن بيعا كما هو الاظهر و المشهور . لعموم الاية الشريفة (١) و حرم الربوا فان الربوا هى الزيادة فى احد العوضين ـ المتجانسين ولخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية فى المعاوضة مع اتحاد الجنس ( كقوله ) عليه السلام فى صحيح ( ٢ ) الحلبى الفضة بالفضة مثلا بمثل والذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان الزايد والمستزيد فى النار ـ و فى صحيح ابى بصير (٣) الحنطة والشعير رأسا برأس لايزداد واحد منهما على الاخر ـ و فى حديث آخر (٤)

١ ـ البقره الاية ٢٧٥

٢ ـ الوسائل ـ باب ١ من ابواب الصرف حديث ١

٣ ـ الوسائل باب ٨ من ابواب الربا حديث ٣

٤ الوسائل باب ٩ من ابواب الربا ـ حديث ٢

الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لابأس به ونحوهما غيرهما ( واخرى ) نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلى والعلامة رحمهما الله ـ فعلى الاول يجرى الربا فى المعاطاة ـ كانت معاوضة مستقلةام كانت بيعا مفيدة للملك اللازم اوالجائز او الاباحةاماعلى الثلاثةالاولفواضح ـ واماعلىالاخير فلما تقدم منانها مفيدةللملك غاية الامر مشروطة بشرط متاخر ( نعم ) اذاكان المقصود بها الاباحة لايجرى فيها الربا ـ لانه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك ـو علىالثانى لايجرى فيها اذاكانت معاوضة مستقلة او قصد بها الاباحة .

(قوله قده بل الظاهر التحريم حتى عند من لايريها الخ) ان كان مراده انه كك على التخصيص وهووان كان يلائم مع ماذكره بقوله وبما ذكرناه يظهروجه تحريم الربا فان علته ح هى كونها بيعاًعرفياً ( لكنيرد عليه ) ان التعليللذلك بقوله ـلانها معاوضة عرفيةوان لم تفدالملك ـ لايصح ـ وان كان مراده انه كذلك على التعميم ـ (فيردعليه) ان الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك ـ فمع فرض عدم افادتها له لايجرىفيها الربا ـ الابناءاً على ما ذكره سابقا من انها بيع عرفا بالتقريب المتقدم وعليه فلا بد من التعليل بذلك لابانها معاوضة .

( قولهقدهفلا يبعد ايضا جريانالربا الخ ) اقولبل هوبعيدكان الربا مختصا بالبيع اوعاما لكلمعاوضة اما علىالاول فواضح فانها ح ليست بيعا عرفيا ولا شرعيا و امـا على الثانى فلانه مختص بـالمعاوضة الملكية و لعله الى ذلـك اشار بقوله فتامل .

## فى جريان الخيارات فيها

المورد الثالث فى جريان الخيارات فيها ـ فـان قلنا انها معاوضة مستقلة فالخيارات المختصة بالبيع لاتجرى فيهالعدم كونها بيعا ـ وما لايختصبالبيعيجرى فيهاوهذا واضح ـ وانقلنا انها بيعـ فبناءاً على افادتها الملك اللازم تجرى جميع

الخيارات فيها ( واما بناءاً ) على افادتها الملك الجائز ـ فقال المصنف ره فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقاً بناءاً على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة ـ ( و يرد عليه ) انها ان كانت بيعا فهى بيع قبل اللزوم اذ اللزوم لا يصير ها بيعا وقد يقال ) انه بناءاً على هذا المسلك لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلا للحاصل ـ ويلزم منه اجتماع المثلين ـ و اللغوية لفرض كونها جائزة ـ و يرد عليه (اولا) ان جوازها حكمى ـ و الخيار جواز حقى والاول لايجوز اسقاطه ونقله و لا ـ يورث بالموت والثانى يجوز اسقاطه ونقله ويورث بالموت فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة (وثانياً) لو سلمنا كون جوازه ايضا حقيا ـ يمكن الجواب عنها بما اجاب به المصنف ره فى الخيارات فيما اذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا ومعيبا ـ وهو ان الخيار وجواز الفسخ واحد وله اسباب متعددة ـ ولو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الاخر باقيا ـ وبعبارة اخرى ـ يكون الجواز واحداً وله علل متعددة ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها ـ و لو انعدم احد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته و مستندا الى الباقى من العلل (وثالثا) ان الجواز الاصلى متعلق بالتراد لا بفسخ المعاملة و الخيار انما هو ملك فسخ العقد ـ فمع عدم الخيار لو قال فسخت المعاملة تكون باقية بخلاف ما اذا ثبت الخيار فتدبر ـ فالاظهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضا (واما بناءاً) على افادتها الاباحة فحيث عرفت انها بيع غاية الامر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف او التصرف المتوقف على الملك فتجرى فيها الخيارات (وما) فى المتن من انه لامعنى للخيار مما لاوجه له ( نعم ) لو قصد بالمعاطاة الاباحة لاتجرى فيها الخيارات اما الخيارات المختصة بالبيع فواضح ـ واما الخيارات التى ادلتها تعم غير البيع فلانه ليس هناك سبب معاملى يمكن حله و ازالته .

# بيان مورد المعاطاة

(قوله قده الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين الخ) اقول الصور المتصورة خمس (الاولى) التعاطى من الطرفين وهو المتيقن والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة (ولكن) لابد وان يعلم ان المقصود بالتعاطى ان كان هى المبادلة والمعاوضة - لايتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هى تتم بالعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر فان المعطى ينشأ البيع باعطائه والاخذ يقبله باخذه فالعطاء من جانب القابل لامحالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به فى اخذه بل لو لم يكن منشئاً للقبول باخذه كانت المعاملة فاسدة - فان العطائين المقصود بهما التمليك و المعاوضة - من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين ولايتحقق بهما المعاملة (نعم) اذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونها ح معاملة وان كان داعى كل منهما للاباحة اباحة صاحبه .

الصورة الثانية الاعطاء من جانب واحد والاخذ من الطرف الاخر وهذا وان لم يصدق عليه عنوان المعاطاه حقيقة - الاان هذا العنوان لم يرد فى آية ولارواية كى يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه - والمراد بها فى كلمات العلماء ما يشمل الاعطاء من جانب ولذا تريهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء والاخذ ( وعليه ) فلابد من ملاحظة الادلة وقد عرفت انه فى موارد التعاطى ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر ويكون اعطاء الاخذ وفاءاً لما التزم به فنفس ماهو موضوع للحكم فى الموردين واحد فلاوجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثانى .

الصورة الثالثة ما اذا لم يكن هناك اعطاء اصلا بل كان ايصال و وصول كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس فى المكان المعدله اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك وكذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات (اقول) انه

لو فرضنا تحقق ساير شرايط البيع من معلومية العوضين وغيرها كماهو المفروض في هذا المقام تصحيح البيع في المقام يتوقف على احدامور (اما كون) السقاء مثلاقاصدا بوضع الماء تمليك كل من شرب الماء بازاء ماتعارف فيه من العوض وان صاحب البقل قصدتمليك كل من اخذ البقل بوضعه في ذلك المكان بعوضه المتعارف وهكذا (واما كون) وضع المال في المحل الخاص في الامثلة توكيلا للاخذ في البيع فيكون هو متصديا الطرفي العقد (واما كون) وضع الدراهم في كوز السقاء و اخذ الماء منه انشاءاً للبيع من الطرفين والسقاء بعداطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها والظاهر ان شيئا منها ليس في المعاملات الخارجية ( اما الاول ) فلعدم تمليك صاحب المال بالنحو المذكور ( مع ) انه يلزم منه الفصل بين الا يجاب و القبول و سيأتي اعتبار عدمه فتامل (واما الثاني) فلعدم توكيل المالك شخصا معينا ولا جميع الاشخاص بل عدم توجهه الى ذلك ـ كما ان الاخذ لايكون قاصداللايجاب و القبول ( و اما الثالث ) فلعدم قصد الاخذ بالنحو المذكور (مضافا) الى ان بناء المتشرعة على التصرف في الماخوذ مع عدم احراز الاجازة بل وعدم اجازة صاحب المال (فالاظهر) انه في هذه الموارد اباحة بالعوض و الدليل على نفوذ ها و صحتها هي السيرة ـ وبعبارة اخرى ـ يكون تصرفا بالرضا واذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الا مضاء السيرة بضميمة عدم الردع .

الصورة الرابعة ما اذا لم يكن ايصال ايضابل كانت نتيجته كما اذا كان المالان عند هما بسبق امانة او اشتباه اوغير ذلك فقصدا البيع والتبديل بلافعل من كل منهما بل قصداه بالبقاء والظاهر انه لايتحقق البيع لعدم وجود قول او فعل كاشف عن قصد المعاملة ومجرد القصد لايكفي (اللهم ) الا ان يقال ان ابقاء كل منهما ماله تحت يدصاحبه وامساكه ماله فعلان اختياريان فيمكن انشاء البيع بهما.

الصورة الخامسة ان ينشأ البيع باللفظ غير المعتبر في العقد اي اللفظ غير الصحيح كما في الانشاء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المقاولة والظاهر عدم انعقاد البيع فان البيع الممضى بعدمالم يكن مجرد القصد الساذج واعتبرنا اظهاره بفعل او قول فلا بدوان

يكون باللفظ او الفعل الذى له مظهرية لذلك المعنى فى نفسه ولا ينعقد بكل فعل او لفظ فتامل - هذا على القول بالملك (و اما) على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالامر اوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة ( نعم ) بناءاً على الاباحة المالكية لااشكال فى ثبوتها به لان المناط فيها احراز الرضا .

## تمييز البايع عن المشترى

**(قوله قده الثالث تميز البايع عن المشترى فى المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما تعارف الخ)** اقول يقع الكلام اولا فيما هو الحق ثم فيما افاده المنصف ره وساير الاساطين ومايرد عليهم .

اما المقام الاول فلتوضيح المطلب لابد من تقديم مقدمة ( و هى ) ان المعاملة البيعية وساير المعاملات حتى الهبة انما تكون متقومة بامرين تمليك من طرف ومطاوعة و قبول من الاخر - ولو كان هناك تمليكان بلا قبول كانا ايجابين ولم ينطبق عليهما عنوان البيع ولاغيره من عناوين المعاملات اذا عرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه فى مقام الثبوت كل من ملك ماله بعوض هو البايع و طرفه القابل هو المشترى من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية . و من غير فرق بين الاثمان و العروض (واما) فى مقام الاثبات ففى المعاملة الفعلية لامحالة يكون المعطى ماله او لاهو البايع لانه يملك ماله بعوض (اللهم) الا ان يكون قصده من الاعطاء كونه امانة عند صاحبه الى ما بعد المعاملة فيكون فى الحقيقة اقباضا للعوض قبل البيع - ولا يتصور فى اعطاء المعطى الاول غير ذلك فانه لايمكن ان يكون قبولا مقدما بان ينشأ به تملك مال صاحبه وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فانه يتصور فيه ذلك - ولو كان الاعطاء من الطرفين فى آن واحد - فان قصد كل منهما باعطائه التمليك - لم يكن بيعا - بل لايكون صلحا ولا معاملة مستقلة - اما عدم كونه صلحا فلانه فى الصلح ايضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف والقبول من آخر - و اما عدم كونها معاملة مستقلة فلان دليل امضاء

المعاوضات اما السيرة ـ او آية(١) اوفوا بالعقود ـ او آية(٢) تجارة عن تراض ـ وشيء منها لا يصلح لا ثبات صحة هذه المعاملة (اما الاولى) فلان عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح (واما الثانية) فلعدم كون الايجابين عقدا الذى حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم (واما الثالثة) فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لايخفى ـ وان شئت قلت انه لا دليل على امضاء الشارع غير ماهو من العقود المتعارفة ـ وهذه ليست منها فتدبر.

ثم ان المصنف ره فى مقام التمييز ذكر انه اذا كان احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشترى وان كانا من غير ذلك ـ فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن فى العوضية ـ كان صاحبه المشترى (والا) ـ ففيه احتمالات (منها) كون كل منهما بايعا ومشتريا (ومنها) كون المعطى اولا هو البايع ـ والاخر مشتريا (ومنها) كون ذلك مصالحة ـ اومعاوضة مستقلة ثم اختار قده الثانى (و فيه) مضافا الى ان لازم ماافاده قده كون كل من المتبايعين فى بيع الصرف مشتريا ـ ومضافا الى انه لم يظهر المراد من قصد قيام احد العوضين مقام الثمن فى العوضية ـ فان كان المراد ان يلاحظ قيمته ومقدار تموله من النقود فهذا امر موجود فى كل منهما فى غالب البيوع ـ و ان اراد به المعاملة عليه بالدراهم ثم جعل الدراهم عوضا فهو بديهى الفساد ـ وان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به (ان) ماذكره ره لوتم فانما هو فى مقام الاشتباه فى مقام الاثبات ولايفيد فى مقام الثبوت.

(قوله قده والاشتراء ترك شيء و الاخذ بغيره الخ) و فيه: ان هذا لازم الاشتراء والافهو قبول الشراء والبيع ـ مضافا ـ الى ان لازم ذلك صدق المشترى على كل من الطرفين فى جميع المقامات ـ ومن المعلوم ان هذا التنبيه انعقد لبيان تمييز البايع عن المشترى بمالهما من المعنيين الذين لايجتمعان فى مورد واحد.

(قوله قده لانصرافهما فى ادلة تلك الاحكام الخ) وفيه انه لوسلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما ستعرف فى محله ـ دعوى الانصراف لاتسمع ـ ولذا هو قدس سره التزم بالحنث لوحلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة فلاحظ.

---

١ ـ المائدة آية ٢ ـ ٢ ـ النساء آية ٢٩

و من الغريب فى هذا المقام ـ ما افاده المحقق النائينى ره ـ و هو انه لو وقع التبديل بين العروضين بالاعطاء من الطرفين دفعة و احدة ولم يقصد با حدهما القيام مقام الثمن ولم يكن بسبق مقاولة ـ كان احدهما لاعلى التعيين بايعا والاخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا ـ اذ هناك معامله قائمة بصرف الوجود من تبديل احد هما وقبول الاخرو صرف الوجود يتحقق با حدهما من دون ميز بينهما حتى واقعا لعدم خصوصية فى احدهما دون الاخر . فانه ( يرد عليه ) انه لايعقل تحقق شيء فى عالم العين وعدم تعينه واقعا ـ اذ المردد لاماهية له ولا وجود ـ فان كان البيع انشائاً للتبديل والاشتراء قبولا لذلك كما اعترف به ـ فان انشأ فى المعاملة المفروضة احدهما وقبل الاخر فالمنشيء بايع والقابل مشتر ـ وان قصدامعا الانشاء فحيث لايعقل وقوعهما معا و كونهما بيعا كما اعترف به وكون احدهما المعين بيعا والاخر اشتراءاً ترجيح بلامرجح ـ واحدهما لابعينه لاوجود له ـ فلامناص عن البناء على البطلان فتدبر .

و اما ما افاده المحقق الايروانى ره فى هذا المقام بما حاصله ان البايع هو من بذل خصوصيات ماله واغمض النظر عنها ولكن امسك على ماليته باخذ البدل ـ وفى ذلك لانظر له الا الى حفظ تموله ـ واما المشترى فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب فى خصوصيات الاعيان التى يتلقاها من المأكولات وغيرها ـ واذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما فى تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك بيعا بل معاوضة مستقلة (فيرد عليه) مضافا الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذى غرضه من المعاملة حفظ تموله وازدياده بيعا ـ ان ما ذكر لاشاهد له من العرف ولا من الشرع ولم يعتبر احد فى البيع ذلك فالصحيح ماذكرناه .

## اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

(قوله قده الرابع ان اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الاخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه الخ) وقد اورد عليه السيد فى الحاشية بان

الوجوه والاقسام ازيد مماذكره فانه (منها) ما اذاكانت المقابلة بين المالين مع كون القبول بالاعطاء (ومنها) مااذاكانت المقابلة بين المال والتمليك او بين التمليك والمال وكك فى طرف الاباحة (ومنها) غيرذلك (اقول) ان غرض المصنف ره من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التى فيها اشكال وكلام ومورد للنقض و الابرام و الصور التى هذه حالها منحصرة فى اربع عنده اذالاشكال فى الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة وفى الثانية من جهة عدم صدق البيع ـ وفى الثالثة والرابعة بما ذكره ره مفصلا وسيأتى واما باقى الصور فكانت عنده خالية عن الاشكال و الكلام فلم يتعرض لها ـ ولكن الاولى ـ اضافة صورة اخرى اليها و هى المبادلة بين المال والتمليك فانها ايضا وقعت محل الكلام و الاشكال .

**(قوله قده احدها ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر ـ فلايكون فى دفعه العوض انشاء تمليك الخ)** وقد اورد عليه بايرادين (الاول) ماعن السيد قده بانه يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضا بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لابعنوان القبول وكان على المصنف ره ان يذكر هذا الوجه ايضا لانه مضافا الى امكانه هو الغالب (الثانى) ما عن المحقق النائينى ره بانه لا يكون القبول بالاخذ فى مورد بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما و فعل البايع بمنزلة الايجاب القولى و اعطاء المشترى بمنزلة القبول القولى واخذ كل منهما وفاء بالمعاملة والتزام بآثارها (اقول) قد عرفت فى التنبيه الثانى انه فى المعاطاة دائما يكون الايجاب بالاعطاء من طرف و القبول بالاخذ و اعطاء الاخر انما يكون وفاء لما التزم به و لولم يكن الاخر منشئاً للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه وان قصد به التمليك فان الاعطائين ح بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لاايجاب وقبول ( ويرد عليهما ) مضافا الى ذلك ـ ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة ومن باب الاستيفاء لم يظهر وجهه فى الاخذ الاول فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة فمامعنى الاخذ بعنوان الوفاء بها . ( ويرد) على السيد قده مضافا الى ذلك ـ ان عدم التعرض لهذا فى المتن انما هو من جهة ماذكره ره فى التنبيه

الثاني من ان المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطي من الطرفين و انه لا اشكال فيها وانما الاشكال كان في هذا المورد و لذا تعرض له خاصة في هذا التنبيه .

**(قوله قده ثانيها ان يقصد كل منهما تمليك الاخر ماله بازاء تمليك ماله اياه فيكون تمليك بازاء تمليك الخ)** اقول الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة (الاول) في معقوليته ـ والاظهر عدمها فانه ان اريد به تعليق التمليك على تمليك الاخر فهو هبة معلقة وان اريد به اشتراط التمليك بالتمليك الاخر فهو هبة مشروطة وان اريد به كون احد التمليكين معوضا والاخر عوضا كما هو ظاهر المتن فحيث ان صيرورة التمليك معوضا انما تحتاج الى انشاء وجعل متعلق بذلك والتمليك اى انشاء الملكية انما هو جعل لذلك نفسه لا جعل لمعوضيته فلا يعقل ان يكون تمليك الاخر عوضا عن هذا التمليك اذ عوضيته اما ان تكون بنفسه او بجعل الملكية وانشائها ـ او بجعل آخر ـ والاول غير معقول وهو واضح وكذلك الثاني فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق به والثالث مفروض العدم ـ فالتمليك بازاء التمليك مما لا اتعقله .

الثاني انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالاخذام لا يمكن الا ان يكون بالتمليك الثاني صريح المتن هو الثاني ( واورد عليه) السيد المحشي قده و المحقق الايرواني بانه يمكن ان يكون بالاخذ فيكون التمليك واجبا على الثاني من باب الوفاء قال بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين (اقول) الظاهر تمامية ما افاده المصنف ره ـ فان المعاوضة اذا كانت بين التمليكين لم يكن الايجاب تاما الا بعد تحقق التمليك و تماميته ـ و هو متقوم بايجاب وقبول ـ فالاخذ وان كان قبولا الا انه قبول للتمليك لا البيع فهو دائماً يكون جزءاً من الايجاب لا قبولا للمعاملة فلا محالة يكون قبولها بالاعطاء من الاخر بقصد التمليك ( وبالجملة) في هذا الوجه خصوصية وهو ان المعوض انما هو التمليك المتوقف تحققه على القبول ـ فلا يمكن ان يكون الاخذ قبولا لذلك و للمعاملة فتدبر .

الثالث ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع ـ او هبة معوضة ـ ام

تكون مصالحة- اومعاوضة مستقلة - والظاهرعدم كونها بيعا- لان البيع هو المبادلة بين المالين وفي هذه المعاملة لامبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفعلين ( اللهم ) الاان يقال ان المعاوضة بحسب الصورة وان كانت بين التمليكين الاان النظر اليهما آلي وفي الحقيقة واللب تكون المعاوضة بين المالين و بهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع - فلوتم ذلك فهو (والا) فهي هبة معوضة اذالتمليك انمايكون تمليكا للشيء مجانا و بلاعوض (والايرادعليه ) كمافي المتن من انه لولم يملكه الثاني هنالم يتحقق التمليك من الاول لانه انما ملكه بازاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك الثاني لم يتحقق تملكه و الهبة في حاقها مأخوذة المجانية ( غيرتام) فان المجانية المعتبرة في الهبة انماهي في المال وعدم جعل شيء في مقابل المال وهذامفروض في المقام اذالعوض انماهو للتمليك لاللمال ( فتحصل ) انهااما بيع اوهبة معوضة - ولاتكون مصالحة ولامعاوضة مستقلة

واماالصورة التي اضفناهـا (وهي) مااذاكانت المقابلة والمعاوضة بين المال والتمليك بان يقصد احدهما تمليك ماله بتمليك الاخر وهو الفعل الخارجي الصادر من المشتري فيكون من بيع الاموال بالاعمال ( فقداشكل) المحقق النا ئيني ره فيها وقال ان البيع باطل في المقام وان صح بيع الاموال بالاعمال ( و استدل له ) بان العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كي يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب و نحوهوالتمليك ليس كك بل هو آلي و طريقي لتحصيل المال اذ التمليك بالمعنى المصدري ليس مالابل المال هو الحاصل من المصدروليس هذا الفعل الاآلة لحصول اسم المصدر فلايمكن ان يقابل بالمال فلايصح جعله عوضا (و فيه) ان ضابط صحة جعل شيء عوضا كونه متعلقا للغرض سواء كان منشأ كونه كك طريقيته لتحصيل المال - اوكونه بنفسه مالا ولايعتبرفيه ازيد من ذلك - والتمليك متعلق للغرض ولو بواسطة طريقيته لحصول المال فالاظهرصحة جعله عوضا نظيرساير الاعمال .

**(قوله قده ثالثها ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض - وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الاخيرين الخ)** لايخفى ان شيئا من الاشكالين لا يكون مربوطا

بمسألة المعاطاة (اما الاشكال الاول) وحاصله ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك و ليس له اباحة مالم يجوزه لغير المالك الا بايجاد موضوعه بتمليكه اياه والمفروض في المقام عدمه و دليل السلطنة لايكون مشرعا لما منع عنه الشارع ـ الاترى انه لم يتوهم احد دلالته على جواز وطء عبد الغير باذنه فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواءاً كانت باللفظ او الفعل مع قصد العوض او مجانا (وعليه) فبما ان هذا البحث استطرادى . لاباس بتقديم بحث آخر استطرادى مربوط به .

## التصرفات المتوقفة على الملك

و هو انه هل هناك تصرف متوقف على الملك ام لا ـ و ملخص القول فيه ان جملة من الامور التى ذكروا توقفها على الملك تقدم مافيها وعرفت عدم التوقف ـ بقى فى المقام امور (منها) اخراج المال فى الخمس والزكاة (و منها) ثمن الهدى (ومنها) وطء الجارية (ومنها) العتق (ومنها) البيع . وشىء منها لايتوقف على الملك .

اما الاول فلانه (ان قلنا) بان الخمس والزكاة يتعلقان بالذمة فيكون سبيلهما سبيل ساير الديون فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن ـ لمادل(١) على جواز اداء الدين من غير مال الداين و التبرع بوفائه كذلك يجوز الخمس و الزكاة من مال الغير وكون الخمس والزكاة من العبادات لاينافى ذلك و ان كان منافيا لتبرع الغير بادائهما ـ فان المباشر فى المقام من وجبا عليه (وان قلنا) بتعلقهما بالعين ـ فحيث ان للمكلف تبديلهما من العين وادائهما من مال آخر فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن فى ذلك .

---

١ـ الوسائل ـ باب ٤٦ ـ من ابواب المستحقين للزكاة ـ وباب ٣٠ ـ من ابواب الدين و القرض و باب ١٢ ـ من ابواب مقدمات النكاح ـ وباب ١٠٦ ـ من ابواب احكام الاولاد و غيرها .

واما الثانى فلما ذكرناه فى سابقه لانه ايضا من الديون ـ مضافا الى ماورد من النصوص(١) فى جواز الذبح عن العبد ـ والصبى ـ وان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذبح عن امهات المؤمنين بقرة بقرة اذ لو جازت النيابة جاز الهدى بملك الغير وكذلك ثمنه .

و اما الثالث فلانه يجوز بالاباحة للنص (٢) غـاية الامر يعتبر ان يكون بلفظ خاص و هو احللت ولا ينعقد بلفظ ابحت و اماما (٣) ظاهره توقف الوطء على الملك فلا مناص من ان يكون المراد به ملك التصرف كى يعم جميع مـوارد الوطء الحلال .

واما الرابع فقد ذكر فى وجه توقفه على الملك ـ انه دلت النصوص على انه لاعتق الا فى ملك ـ ففى خبر (٤) ابن مسكان من اعتق مالا يملك فلايجوز ونحوه غيره (وفيه) ان محتملات هذه النصوص التى وردت نظائرها فى البيع امـور (الاول) ان المعتق لابد وان يكون رقا ومملوكا كى يقبل الانعتاق والمبيع لابد وان يكون مملوكا حتى يقبل التملك ( الثانى ) انه يعتبر فى العتق و البيع ان يكون البايع و المعتق مالكين لهما لا مالكين للمال ( الثالث ) انه يعتبر فيهما كون البايع و المعتق مالكين للمال ـ من دون نظر لها الى كون من يقع البيع له اى يدخل الثمن فى ملكه ـ و من ينعتق عليه الرق ـ مالكين ( الرابع ) انـه يعتبر فيهما كـون البيع والعتق للمالك والاستدلال بها يتوقف على ارادة الاخير كما لايخفى وهى غير ظاهرة منها ولو لم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح .

و اما الخامس فقد استدل له مضافا الى النصوص المشار اليها مع جوابها ـ بوجه عقلى اشار اليه فى المتن و نقله عن العلامة ره فى القواعد ( وهو ) انه لايعقل

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٢ ـ و ٣ ـ و ٨ من ابواب الذبح من كتاب الحج

٢ ـ ٣ ـ الوسائل ـ باب ٣٥ ـ من ابواب مقدمات النكاح ـ و باب ٤١ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء

٤ ـ الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب كتاب العتق ـ حديث ٤

خروج المبيع عن كيس شخص ودخول الثمن فى ملك شخص آخر - وغاية ماقيل فى تقريبه ان المعاوضة من المعانى النسبية التعلقية فلابد و ان تكون العوضية فى شىء فاذا كانت المعاوضة فى الملكية فلابد من قيام كل من الثمن والمثمن مقام الاخر فى الاضافة الملكية لصاحبها و مقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الاخر (وعليه) فالاذن فى بيع مال الغير لنفسه اذن فى امر غير معقول (وفيه) ان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للاثر - بل الموضوع هو البيع - و قد عرفت ان حقيقته اعطاء شىء بازاء شىء ولامجانا وهذا يصدق مع عدم دخول العوض فى ملك مالك المعوض وقد تقدم تنقيح القول فى ذلك فراجع اذا عرفت هذا (فاعلم) انه لو قلنا بـانه لايكون شىء من التصرفات متوقفا على الملك فلااشكال فى صحة مثل هذه الاباحة.

## الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك

واما لو قلنا بان بعض التصرفات كالبيع والعتق متوقف على الملك - فيقع الكلام فى صحة اباحة جميع التصرفات وعدمها (اقول) لما كان على هذا المسلك عدم الصحة فى بادى النظر واضحا - من جهة ان دليل السلطنة انما يدل على تسلط الناس على اموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع - فاذا منع الشارع عن بيع غير المملوك وحكم بعدم نفوذه لايصلح دليل السلطنة لتجويزه و الترخيص فيه - و مع ذلك يظهر من قطب الدين والشهيد ره فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن والاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا - ويظهر ايضا من العلامة فى المختلف انه لو علم البايع للجارية غصبية ماجعل ثمنا لها يجوز للمشترى وطئها . و كانت ايضا مسائل ثلاث مشهورة بين الاصحاب (احديها) انه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى - واعتقه المالك يقع العتق عن الامر (ثانيتها) ان الرجل اذا اشترى احد عموديه ينعتق عليه مع انه لايملكهما (ثالثتها) انه لو تصرف الواهب و ذو الخيار فيما وهبه وباعه بالبيع الخيارى - بالبيع او العتق صح ذلك وكان هو فسخا

فعليا (تصدى) المصنف ره فى المقام لتوجيه ذلك ولبيان حكم تلك المسائل والوجه فى الالتزام بالملكية فيها و عدم انطباق تلك الوجوه على المقام ـ وذكر فى كل واحدة من تلك المسائل وجها غير ماذكره فى غيرها ـ وقبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الاذن فى البيع (احدهما) ان يقصد المبيح بقوله ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك انشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة (ثانيهما) ان يقصد به نقله اولا الى نفسه ثم بيعه (وردهما) بان المفروض ان قصد المبيح ليس شيئا منهما (اقول) يرد عليهما مضافا الى ذلك انه فى كل منهما فرض التوكيل فى الهبة و هى من الانشائيات ولاتتحقق بمجرد القصد فلو كان من قصده ايضا ذلك لم يفد شيئا بل احتاج الى انشاء الهبة باللفظ او الفعل .

اما ماذكره فى مسألة اعتق عبدك عنى (فمحصله) ان قول الرجل لمالك العبد اعتق الخ استدعاء لتمليكه ـ واعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق آنا ما ـ وقال هذا الوجه لاينطبق على المقام اذ المبيح لم يقصد التمليك بالاباحة المذكورة ولاقصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا ولو بالاجمال فى تلك المسألة ( اقول ) يرد على ما ذكره فى مسألة العتق امور (الاول) انه اذا كان العتق هو المملك لكونه جوابا للاستدعاء فما وجه الالتزام بحصول الملك قبل العتق آنا ما و بعبارة اخرى حيث ان التمليك من الا نشائيات و لايتحقق بدون الانشاء والمفروض ان انشائه هو العتق فكيف يقدر وجوده قبل العتق وان التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع الملك وزواله فى زمان واحد و هو غير معقول مع انه لايفيد شيئا اذ المفروض توقف العتق بالحمل الشايع على الملك فاذا كان هو متوقفا على العتق لزم الدور (الثانى) ان لازم ذلك تأثير العتق فى حصول الملك وزواله وهو فى غاية البعد (الثالث) ان التمليك والتملك من الامور القصدية فلو فرض ان المستدعى والمعتق غير ملتفتين اليهما ولم يقصداهما فكيف يلتزم بحصول

الملك (وبردعلى) ما ذكره ره من الفرق بين المسألتين بعدم القصد الى التمليك فى المقام وبدلالة الكلام فى مسألة العتق على التمليك بدلالة الاقتضاء (ان) المفروض فى المسألتين عدم القصد الى التمليك فان كان القصد الى العتق كافيا فى قصد التمليك من جهة كونه قصدا اجماليا له فكك فى المقام (وبالجملة) لافرق بين المسألتين من هذه الجهة والحق عدم كونه تمليكا فى البابين .

**(قوله قده فيكون هذا بيعا ضمنيا لايحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع الخ )** و فيه انه لم يدل دليل على صحة هذا البيع كى يقال ان مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة . ومجرد كون البيع ضمنيا لايصلح لذلك .

ثم ان المحقق النائينى ره فى مسألة اعتق عبدك عنى التزم بدخول العبد فى ملك الامر وانعتاقه لامن جهة توقف العتق على الملك - بل من جهة انه اذا امر الآمر بايجاد عمل محترم اوباتلاف مال محترم غيرمجانى يرجع نفعه اليه وامتثل المأمور ذلك يكون الاستدعاء واستيفائه له مقتضيا لضمان المستوفى اذ المفروض انه لم يصدر عن المامور تبرعا بل بالعوض المسمى - وحيث ان ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملى - و تكون تلك المعاملة الواقعة بين الأمر والمامور ذاك بامره واستدعائه و هذا بامتثاله وعمله صحيحة لعموم - تجارة عن تراض - فلامحالة يكون لازمه دخول المضمون به فى ملك الضامن (وفيه) ان الملك من الامور التى يتوقف تحققها على القصد والانشاء فاذا فرضنا عدم قصد الامر والمامور التمليك والتملك لما كان وجه للالتزام بحصول الملك و مجرد كون الضمان لامن بـاب الغرامة لايقتضى دخول المضمون به فى ملك الضامن (مع) انه يرد عليه الايراد الثانى الذى اوردناه على المصنف ره (فالاظهر) انه ان كـان العتق غيرمتوقف على الملك - فيلتزم بالصحة فى المثال وضمان الامر ان لم يكن استدعائه على وجه المجانية - وان كان متوقفا عليه فلايصح ويكون نظير عكس المسألة اعتق عبدى عنك وبه يظهر حال مسألتنا هذه (واما) ماذكر فى مسألة العمودين وتوهم انطبـاقه على المقام ولاجله التزم بالملك التقديرى الفرضى

بمعنى فرض الملك وتقديره لغاية خاصة وهو الانعتاق فى مسألة العمودين (فحاصله انه كما ان ـ الجمع بين الادلة فى تلك المسألة ـ وهى مادل على انه لاعتق الافى ملك ـ ومادل على ان شراء العمودين جائز ـ ومادل على ان الانسان لايملك عموديه وينعتقان عليه لو اشتراهما ـ ومادل على توقف صحة البيع بل حقيقته على دخول كل من العوضين فى كيس من خرج الاخر عن كيسه ـ يقتضى الالتزام بالملك التقديرى الفرضى بالمعنى المتقدم ـ كذلك فى المقام الجمع بين مادل على توقف جملة من التصرفات كالبيع و العتق على الملك ـ ودليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديرى (واجاب) المصنف ره بماستعرف تقريبه (اقول) يقع الكلام اولا فى مسألة العمودين ـ ثم فى المقام.

اما الاول فالموهم للتنافى بين الادلة الموجب للالتزام المذكور اما ان يكون مادل على انه لاعتق الافى ملك ـ بدعوى انه ينافى مع مادل على ان الانسان لايملك عموديه ـ اويكون هو مادل على توقف الشراء على دخول العمودين فى ملك المشترى و هو ينافى مع مادل على عدم تملكهما ـ و شيء منهما لايوجب التنافى المزبور (اما الاول) فمضافا الى ماتقدم فى معنى لاعتق الافى ملك ـ انه لوسلم دلالته على لزوم مالكية من ينعتق عليه للعبد انه انما يدل على انه لاعتق الذى هو فعل اختيارى الافى ملك ولايدل على انه لاانعتاق الافى ملك كى ينافى مع مادل على عدم تملكهما (واما الثانى) فلما تقدم فى اول البيع ـ واشرنا اليه فى اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع والشراء على هذا بل حقيقة البيع ـ جعل شيء واعطائه بازاء شيء ـ وهذا بحسب الموارد يختلف اثره وقد يكون اثره الانعتاق كما فى المثال فان اثر اعطاء البايع اياه بازاء شيء انقطاع اضافته وحيث لايمكن دخوله فى ملك المشترى ينعتق عليه قهرا ـ هذا كله مضافا الى ان الالتزام بالملك التقديرى مرجعه الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية (نعم) حيث انه يكون من جملة نصوص المسألة ـ ماتضمن انه اذا ملك الرجل والديه انعتقا عليه ـ فهو ينافى مادل على ان الرجل لايملك احد عموديه (والعلاج) انما

يكون باحد النحوين - اما الا لتزام بان المراد بالاول الملك العقدى فيكون قوله ﷺ اذا ملكوا بمنزلة اذا بيعوا اوالالتزام بالملك الحقيقى غير المستقر . والمراد بالثانى الملك المستقر - وعلى اى حال لاوجه للالتزام بالملك التقديرى.

واما المقام الثانى فالحق هوعدم انطباق ماذكر فى تلك المسألة على مانحن فيه لو تم وذلك لوجهين (الاول) ماذكره المصنف ره من حكومة دليل عدم جواز البيع و العتق الافى ملك على عموم دليل السلطنة - فان دليل السلطنة انما يدل على ان للمالك ان يبيح التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكه . ولا يدل على ان له ان يبيح التصرف الممنوع شرعا لجهة اخرى كما تقدم تقريبه (وحيث) ان دليل عدم الجواز ينفى مشروعية هذا التصرف من جهة اخرى فلا محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة (الثانى) انه لو كان له اطلاق شامل لجميع التصرفات فيقع التعارض بين الدليلين وحيث ان النسبة بينهما عموم من وجه والترجيح مع ذلك الدليل فيقدم ولاوجه للجمع بالنحو المذكور (ولكن) الذى يهون الخطب ماتقدم من عدم توقف البيع والعتق على الملك فلامعارض لدليل السلطنة .

(قوله قده اواستيفاءالدين منه الخ) بان يشترى الطعام لنفسه بثمن فى ذمته ثم يفى دينه بمال الغير باذنه .

(قوله قده وهو كاك فان مقتضى مفهوم المعاوضة الخ) وقد تقدم عدم اقتضاء المعاوضة ذلك - وعدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى فراجع .

(قوله قده ولماذكرنا حكم الشيخ وغيره بان الهبة الخالية عن الصيغة الخ) وفيه ان محل الكلام الاباحة المالكية - والظاهر ان مورد كلام الشيخ قده و الشهيد كون الاباحة شرعية كمالايخفى .

( قوله قده - فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى الخ ) وقد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع الى المرجحات لاالجمع المذكور ولعله لذلك امر بالتأمل فى ذيل كلامه .

واما ماذكر فى مسألة بيع الواهب عبده الموهوب اوعتقه وادعى انطباقه على مانحن فيه (فمحصله) انه كما يلتزم فى تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقف على الملك ـ فكك يلتزم به فى المقام (واجاب) المصنف ره عنه بانه فى تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله و هذا يكفى فى الرجوع والفسخ ولكنه لاينطبق على مانحن فيه اذفى صيرورة شيء ملكا لشخص يعتبر الانشاء ولايكفى مجرد القصد ـ اقول يرد على ما ذكره ره فى تلك المسألة امور (الاول) انلازم ذلك ان يكون قول الواهب و البايع بالخيار ـ فسخت اخباراً عن الرجوع لاانشاءاًله (الثانى) ان الرجوع والفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشيء ملكاله ولابد فيهما من الانشاء و الاظهار ولايكفى مجرد القصد (الثالث) انلازم هذا البيان قصر الحكم على موردقصد الرجوع و الفسخ مع ان كلمات القوم مطلقة (فالحق) ان يقال انه حيث لم يرد نص خاص فى تلك المسألة فعلى القول بتوقف البيع و العتق على الملك لامناص عن البناء على البطلان فى تلك المسالة .

**(قوله قده نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت الخ)**

بان يقال ان حكم(١) الشارع بانتقال الدية الى الورثة وانه يؤدى ديونه منها يستدعى صيرورتها ملكا للميت وانتقالها عنه اليهم ـ وحيث انه لايمكن الالتزام بملكيتها له فى حال الحياة و الالزم تقدم المعلول على علته ولابملكيتها له حال الموت والا لزم اجراء احكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له فى حال الحياة بالملكية التقديرية بالتقريب المتقدم (وفيه) ان الادلة انمادلت على ان ديون الميت تؤدى من ماله وان ماتركه الميت من ماله فلوارثه ـ ولم يدل دليل على انه لايؤدى ديونه من غيره و انه ليس للورثة مالم يتركه الميت (وعليه) فاذا دل الدليل على انه

---

١ـ راجع الوسائل ـ باب ٢٢ ـ من ابواب كتاب الدين والقرض وباب ٣١ ـ من ابواب كتاب الوصايا .

يؤدى ديونه من الدية وانها تنتقل الى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية .

(قوله قده فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن الخ) وقد تقدم ان الاظهر صحة الاذن فى ذلك لعدم توقفه على الملك .

(قوله قده فتأمل الخ) ولعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان اعطاء المشترى ماله للغاصب مع علمه بغصبية المبيع تسليط له على ماله مجانا وموجب لصيرورته ملكا له فيكون تصرفه فى ماله لا فى مال الغير المباح له .

# الاباحة بالعوض

(قوله قده و اما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض الخ) هذا هو الاشكال الثانى الذى اورده على القسمين الاخيرين من المعاطاة . وهو ايضا لا يختص بالمعاطاة بل يعم ما اذا كانت الاباحة باللفظ ـ والكلام فى هذا المقام يقع فى موارد (الاول) فى حقيقة الاباحة بالعوض وانها هل تكون بيعا او اجارة ام صلحا ام معاوضة مستقلة (الثانى) فى الدليل على صحتها ونفوذها (الثالث) فى انها لازمة ام جائزة .

اما المورد الاول فاقول لا ريب فى انها ليست تمليكا للعين ولا للمنافع ولا للانتفاع ـ اما الاولان فواضح واما الاخير فلان المبيح ليس مالكا للانتفاع الذى هو قائم بالمباح له ومن افعاله فكيف يملكه له ـ و كذلك ليست اعطاء حق به ـ فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لا من الحقوق ولذا ليس للمالك اسقاطه ولا نقله الى غيره ـ بل هى اباحة تكليفية للتصرفات ورفع للمنع عنها وعليه فهى ليست اعطاء شىء للمباح له بازاء شىء فلا تكون بيعا ـ ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة ـ وليست انشاءاً للتصالح والتسالم على امر كما هو واضح فلا تكون صلحا (وما ذكره) المصنف ره فى وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر ولا يعتبر فيه لفظ خاص واستشهد لذلك بصحيحى (١) محمد بن مسلم ومنصور بن حازم عن الصادقين (ع)

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٥ ـ من ابواب كتاب الصلح ـ حديث ١ ـ

عليهما السلام في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولايدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ماعندك ولي ماعندي. فقال ﷺ لابأس بذلك ـ وهذا المعنى ينطبق على الاباحة المعوضة فهي صلح (يرد عليه) ان الصلح ليس هو التسالم على امر والا لزم كون جميع المعاملات صلحا ـ بل الصلح المقابل لساير العقود مسالمة عقدية وانشاء للتسالم ومن الواضح ان هذا لاينطبق على المقام. واما الصحيحان فليس فيهما مايدل على ان تلك المعاملة التي نفى البأس عنها صلحا، بل من الجائز ان تكون معاملة مستقلة ـ فيتعين ان تكون معاملة مستقلة .

واما المورد الثاني فقد استدل المصنف ره لصحتها ـ بعموم (١) الناس مسلطون على اموالهم (واورد عليه) بانه هذا ينافي ماذكره ره في المعاطاة من انه لايصح الاستدلال به على صحتها (وفيه) انه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظراً الى ان عمومه انما هو باعتبار انواع السلطنة وانه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطي ام لا لا مورد للتمسك بعمومه ـ و هذا الوجه لا يجرى في المقام بل مقتضى عمومه الا نواعي الذى اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التي هي نوع من الانواع (فالحق) تمامية هذا الوجه ـ و اما قوله (ع) المسلمون (٢) عند شروطهم الذى استدل به المصنف ره في المقام فقد تقدم في المعاطاة مافيه وانه مختص بالشروط في ضمن العقود ولايشمل الشروط الابتدائية (و يشهد) لصحتها مضافا الى دليل السلطنة ( السيرة ) العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى كماهو المتعارف في اجارة الدكاكين وماشابهها فان الشخص يستأجر الدكان من مالكه شهرا بمقدار معين ـ ثم يبنيان على ان كل مابقى المستأجر يعطى الاجرة بذلك المقدار ـ بل التصرف في الحمامات والا مكنة المعدة لنزول المسافرين ونحو ذلك كلها من هذا القبيل فتامل (و دليل التجارة) ودعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكسب بالمال (مندفعة) بمنع ذلك بل هي عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام (فالحق) انها صحيحة نافذة .

---

١ـ البحار ج٢ ـ ص٢٧٢ ـ الطبع الحديث
٢ـ الوسائل ـ باب ٦ من ابواب الخيار

واما المورد الثالث فيشهد للزومها قوله تعالى اوفوا بالعقود.(١) واورد عليه بانه يعارض فى طرف الاباحة بعموم (٢) دليل السلطنة اذ المفروض بقاء المال على ملكه (وفيه) ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال ولا يدل على السلطنة على العقد. والاباحة اللازمة فى المقام انما هى اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن (وان شئت قلت) انه اذا كان العقد صادرا من المالك وباختياره وبدليل السلطنة بنينا على ان له ذلك فلزوم العقد المزبور لا ينافى سلطنته على المال - كما لا ينافيها فى مورد الاجارة مع ان العين باقية على ملكه (وبالجملة) كما لو شرط فى ضمن عقد لازم اباحة مال احد المتعاقدين للاخر كان له ذلك وكان لازما ولا يكون منافيا لدليل السلطنة كك فى المقام (ولو) تنزلنا عن ذلك وسلمنا التعارض يكون اوفوا بالعقود مقدما بناءاً على ماهو الحق من الرجوع الى المرجحات اذا تعارض عامان من وجه - فان الترجيح مع الاية الشريفة فانه اذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقدما عند التعارض - هذا بناءاً على ماهو الحق من انه اذا تعارض العام والمطلق لا يكون الاول مقدما والا فتقديم الاية اظهر لان الجمع المحلى بالالف واللام من الفاظ العموم (كما انه) لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه يكون تقدم الاية الشريفة فى غاية الوضوح (ولو) تنزلنا عن ذلك ايضا وسلمنا التساقط يكون المرجع استصحاب بقاء الاباحة اى الاباحة العقدية لا الاباحة المستندة الى الاذن كى يقال انه لا سبيل الى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع (فالاظهر) انها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

## جريان المعاطاة فى جميع العقود و الايقاعات

**(قوله قده الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود وعدمه الخ)** اقول ان صحة المعاطاة فى البيع ان كانت بدليل تعبدى شرعى من الاجماع

---

١- المائدة - الاية ٢

٢- البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

والسيرة فلا كلام فى عدم جريانها فى غير البيع الا ما قام الدليل الخاص على صحته. وان كانت على القاعدة من جهة صدق البيع عليها فهى تجرى فى غيره من المعاملات فانه فى كل باب يتمسك بعموم دليل ذلك الباب لصحتها لو كان والا يتمسك بعموم اوفوا بالعقود ولا اشكال فى ذلك (نعم) فى بعض الموارد كما فى باب الطلاق دل(١) الدليل الخاص على ان الطلاق لا يصح انشائه الا بصيغة خاصة فلا تجرى المعاطاة فيه لذلك واما ساير الموارد فتجرى المعاطاة فيها وقد ذكروا فى بيان المانع عن جريان المعاطاة فى جملة من العقود امورا (منها) ان بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقا لعنوان تلك المعاملة مثلا اطلاق العبد وفكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق ـ وفى هذه المعاملات لا يصح الاستدلال بادلتها (ومنها) ما اذا دل الدليل فى باب على انه لازم كالرهن ـ وحيث ان المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجرى فيه (ومنها) انه فى بعض الموارد يكون الفعل محرما شرعا كما فى النكاح بالوطء. والنهى عن المعاملة يدل على الفساد.

(اقول) لنا عن هذه الوجوه جوابان ـ اجمالى ـ وتفصيلى.

اما الاجمالى منهما (فمحصله) انه يرد على الوجه الاول ـ انا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول وهو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفسانى لا اقل من الافعال التى يفهم الاخرس مقاصده بها ـ مثلا ـ اذا سأل احد عن مالك العبد هل تعتق عبدك فحرك رأسه قاصدا به انشاء العتق يكون هذا الفعل بضميمة القرينة الموجودة مصداقا لعنوان العتق بالمعنى المعقول و هكذا فى باب الوصية وغيرها (مع) انه قد عرفت ان عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها اى المسببات والاعتبارات النفسانية والاسباب مبرزات لها لا انها من مصاديقها (وبالجملة) المظهر كان هو القول او الفعل يكون خارجا عن مسمى المعاملة. فلا وجه للفرق بين الافعال (اللهم) الا ان يقال ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار

---

١ـ راجع الوسائل ـ باب ١٥ ـ و١٦. من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه

النفسانى المجرد - وعدم ترتيبه على الاعتبار المبرز بمالايكون له شأنية ذلك عندهم كمالو مشى بقصد انشاء الزوجية- وعليه فالحق فى الجواب ماتقدم (ويرد) على الوجه الثانى ما تقدم من ان الاصل فى المعاطاة هو اللزوم (ويرد) على الوجه الثالث- ما تقدم فى اول الجزء الحاديعشر من عدم دلالة النهى عن المعاملة على الفساد لاسيما اذا تعلق بالاسباب.

و اما الجواب التفصيلى - فملخص القول - انه من المعاملات التى وقع فيها النزاع .

النكاح وقد استدل على عدم جريان المعاطاة فيه بوجوه (احدها) ما افاده المحقق النائينى ره وهو ان الفعل فيه مصداق لضده وهو الزناء والسفاح فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولى وعما جعله الشارع سببا للحلية (وفيه اولا) ان هذا الوجه مختص بانشائه بالوطء ولايشمل انشائه بفعل آخر كتمكين الزوجة و غيره و هذا الجواب يجرى فى جميع الوجوه الاتية (وثانيا) ان مورد الكلام ما اذا وطء بقصد انشاء الزوجية لامجردا عن القصد ومعه وان كان سفاحا وزنا لكنه لامانع من كونه مبرزا للزوجية وليست الزوجية والزناء متقابلتين ومتضادتين فان الاولى من الاعتباريات- والثانى من عناوين الفعل الخارجى فلا مانع من مبرزيته لها. (ثانيها) ان النكاح عقد لازم للنص و الاجماع - والمعاطاة جائزة بالاجماع (وفيه) ماتقدم من ان الاصل فى المعاطاة هو اللزوم (مع) انه يمكن ان يقال ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التى تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولايشمل مالاتجتمع معه -وبعبارة اخرى - المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجتمع معها فلايكون مشمولا له (مضافا) الى انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل النكاح واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل نكاح صحيح لازم فتدبر (ثالثها) ان لازم جريانها فى النكاح حصر الزناء بصورة الاكراه والزناء بذات البعل ونحوهما- وهذا كماترى (وفيه) ان الوطء مع الرضا تارة يكون

مع قصد الزوجية ـ واخرى بدونه ومحل الكلام هو الاول واما الثاني فلاريب في انه زناء وسفاح (رابعها) ان الوطء يحتاج الى سبب محلل فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة مع امتناع تاثير الشيء في نفسه (وفيه) ان اول الوطء الاول سبب للزوجية ـ وهي سبب لحلية الوطء في الآنات المتأخرة والوطء اللاحق فلايلزم اتحاد السبب والمسبب . (خامسها) ان السبب المبغوض لايؤثر فالوطء المؤثر في الزوجية مشروط بالحلية والمفروض انها من مقتضيات الزوجية فتتوقف حلية الوطء على تاثيره ويتوقف تاثيره على حليته وهذا دور واضح (وفيه) ماتقدم من ان النهي عن المعاملات لاسيما الاسباب منها لايدل على الفساد (مع) ان ترتب الحلية على الزوجية والزوجية على الوطء الذي هو سبب لها انما يكون ترتبا رتبيا ـ واما في الزمان فالجميع في زمان واحد فالوطء حين تحققه متصف بالجواز (فتحصل) انه لامانع عقلا ولاشرعا عن جريان المعاطاة في النكاح ـ ولكن قام الاجماع على عدم الجريان ـ وهو المستند لو كان و كان تعبديا لا مستندا الى الوجوه المتقدمة .

ومنها الرهن ـ فقد اشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين .

احدهما ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع ـ والجواز غير متصور في الرهن لانه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع ـ والجواب عنه ما ذكرناه في النكاح جوابا عن الوجه الثاني فراجع (ثانيهما) ان القبض شرط في باب الرهن والعقد مقتض فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضي مع الشرط وهو محال كما حقق في محله (واجيب) عنه بان الشرط هو القبض والمقتضي هو الاقباض لان به ينشأ الرهن فلايلزم الاتحاد المزبور (وفيه) ان المقتضي هو الاقباض والقبض معا لان الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول ـ فالقبض جزء المقتضي فيلزم الاتحاد (فالحق) في الجواب عنه ان يقال مضافا الى ماتقدم من عدم انحصار الفعل الذي ينشأ به الرهن بالقبض ـ انه ليس في النصوص مايدل على كون

القبض شرطا فى الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء والموجود فى النصوص اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء (مح) انه فى باب التشريعيات والاعتباريات ليس تاثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مقتضيا والاخر شرطا بل انما هى موضوعات للمجعولات الشرعية وتكون موضوعيتها بتبع جعل الشارع و تمام الكلام فى محله .

و منها الوقف - و اورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين (الاول) مافى المتن - وهوان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع (و فيه) مضافا الى ما تقدم فى سابقيه - انه لا مانع من جواز الوقف ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف و الجواز - بل الوقف قبل القبض جائز (اللهم) الا ان يقال ان القبض جزء المؤثر فقبله لا يكون المؤثر تاما كى يكون لازما اوجائزا - و قد ورد عنهم عليهم السلام ماكان لله فلا رجعة فيه وظاهر ذلك ان ما كان لله لايلائمه الرجوع وهذا غير قابل للتخصيص - و كيف كان ففى الجواب الاول غنى و كفاية (الثانى) ما عن المحقق النائينى ره وهو مختص ببعض اقسام الوقف (و حاصله) ان بعض اقسامه كالوقف الخاص اولمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لايجرى فيه المعاطاة (وفيه) ما عرفت من عدم تصور عقد او ايقاع لايكون فعل مبرزا له فراجع.

ومنها القرض - والكلام فيه اشكالا وجوابا ما فى الرهن فراجع (فتحصل) ان الاظهر جريان المعاطاة فى جميع العقود و الايقاعات سوى مادل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح او لفظ خاص فيه كالطلاق و التحليل .

**(قوله قده وفيه ان معنى جريان المعاطاة فى الاجارة على مذهب الخ)**

يرد عليه امران (الاول) ان المفروض ان احد طرفى عقد الاجارة هو العمل الخارجى فلاتكون الاجارة المزبورة نظير الاجارة اللفظية موجبة للحكم بملك احدهما الاجر المعين على

الاخر والاخر العمل المعين - وبالجملة - امر الامروحده ليس عقد الاجارة (الثانی) ان الاصحاب و انلم يصرحوا فی‌الاجارة بماذكره - الاانهم لم يصرحوا فی البيع ايضا بالملك .

(**قوله‌قده‌لان‌فساد‌المعاملة‌لايوجب منعه‌عن‌العمل‌سيماالخ**) وفيه‌ان‌مورد كلام المحقق صورة استلزام العمل التصرف فی اموال‌المستاجر -واما‌فی‌صورة‌عدم استلزامه ذلك فلاريب فی‌عدم المنع - وفی هذه الصورة مقتضی فساد الاجارة عدم جواز التصرف (ودعوی) انه يجوز للرضابه (مندفعة) بان الرضا من‌جهة تخيل‌صحة الاجارة لايجدی .

(**قوله‌قده‌لان‌الظاهر‌ثبوت‌اجرة‌المثل الخ**) ولكن‌ظاهر العبارة‌الموجودة فی‌جامع المقاصد المحكية‌فی المتن‌ثبوت‌الاجرة المسماة‌لااجرة المثل .

(**قوله‌قده‌اما مسألة الهبة فالحكم فيهابجواز اتلاف الموهوب الخ**) وفيه ان‌الاصحاب كماصرحوافی البيع المعاطاتی بالاباحة كك حكموا‌فی‌الهبة‌المعاطاتية بالاباحة - والمحقق ره‌فی كلا البابين حمل كلماتهم علی ارادة الملك المتزلزل فلا ايراد مخصوص بالمقام عليه .

(**قوله‌قده‌ولعل وجه‌الاشكال‌عدم‌تاتی‌المعاطاة‌الخ**) لعل‌مراد المحقق‌قده ان‌ماهو ثابت فی‌المعاطاة بالاجماع جار فی البيع دون‌الرهن لعدم معقولية الجواز فيه و عليه -فما ذكره المصنف ره فی‌و جه اشكاله قده تام - ولا يرد عليه مااورده المحقق الايروانی ره‌من‌ان‌هذا من قبيل الاجتهاد فی مقابل النص لتصريحه بان منشأ الاشكال عدم شمول الاجماع علی حكم‌المعاطاة للرهن .

## ملزمات المعاطاة

(**قوله قده اعلم ان الاصل علی‌القول بالملك اللزوم لماعرفت الخ**)

اقول ان بنينا علی‌لزوم المعاطاة كماهو الحق‌و‌مر تفصيله فيسقط هذاالامرولا

مورد له - وان بنینا علی جوازها - فحیث انه فی بعض الموارد الجواز متیقن - کما فی صورة بقاء العینین وعدم تحقق شیء من الملزمات - وفی بعض الموارد اللزوم متیقن کصورة تلف العینین کماستقف علیه - وفی بعض الموارد یشك فی اللزوم و الجواز کصورة بقاء احدی العینین اوالامتزاج اونحو ذلك - فینبغی اولا تأسیس الاصل فی المقام کی یرجع الیه عندالشك وعدم الدلیل علی اللزوم اوالجواز.

وقد ذهب المصنف ره الی ان الاصل هو اللزوم علی القول بالملك - و استند فی ذلك الی الوجوه الثمانیة المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملکیة (واوردعلیه) تارة بتمسکه بالعمومات مثل اوفوا بالعقود - واخری بتمسکه بالاستصحاب.

اماالاول فاورد السید الفقیه فی حاشیته والمحقق الاصفهانی ره و غیرهما علیه بان التمسك بها ینافی مابنی علیه فی کتبه فقها واصولا - من انه اذاورد عام ولم یکن له عموم ازمانی بل کان عمومه افرادیا و ثبوت حکم کل فرد فی جمیع الازمنة بالاطلاق - کمااذاورد اکرم کل عالم - حیث ان عمومه افرادی وبقاء حکم کل فرد فی عمود الزمان یستفاد من الاطلاق - ثم خصص العموم الافرادی و خرج فرد من العام عن تحته فی زمان وشك فی الحکم بعدذلك الزمان - کمااذاورد لاتکرم زیدا فی یوم الجمعة وشك فی یوم السبت فی وجوب اکرامه وعدمه - لایصح التمسك بعموم العام بل یکون مورد الاستصحاب حکم المخصص - فان عموم اوفوا بالعقود وغیره من العمومات افرادی والزمان فیها انما یکون ظرفا لاستمرار الحکم کماصرح بذلك فی خیار الغبن (وعلیه) فلابد من البناء علی جریان استصحاب الحکم الخاص بعد کونها مخصصة بالاجماع علی الجواز حین الانعقاد کماهو المفروض لاالتمسك بالعمومات.

(وفیه) ان الجواز الثابت بالاجماع لو کان هو الجواز من کل وجه کان الایراد تاما - و لکن الجواز الثابت انماهو الجواز الخاص وهو الجواز المتعلق بتراد العینین. واما الجواز من وجه آخر فهو مشکوك فیه من اول الامر - و هذا لایمنع عن التمسك بعموم العام مثلا - اذاعلم جواز البیع من جهة شرط ردالثمن - وشك فی جوازه من الجهات

الاخر يتمسك بعموم اوفوا بالعقود و يحكم بلزومه من تلك الجهات من اول الامر ففي الحقيقة ليس هذا تمسكا بعموم العام بعد ذلك الزمان بل تمسك به من اول الامر بلحاظ الجهات الاخر (وبالجملة) حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقا ومن كل وجه ـ فالشك في اللزوم بعد امتناع التراد شك في اللزوم من جهة اخرى ومورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه قده (نعم) بناءاً على مسلك من يرى جواز المعاطاة من كل وجه بلحاظ توقف اللزوم على اللفظ لايصح التمسك بعموم العالم لماذكر وقد صرح بهذا المصنف ره بعد اسطر ـ حيث قال ـ و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف الخ و سيأتي تمام الكلام في ذلك ـ هذا بناءاً على مابنى عليه في كتبه اصولا وفقها ـ واما بناءاً على ماحققناه من ان المرجع عموم العام مطلقا فالامر اسهل .

واما الثاني فقد اورد المحقق الاصفهاني ره على استصحاب بقاء الملكية بانه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت اصله بالاجماع ـ فان معنى الحكم بجواز المعاطاة الحكم بزوال الملك بالرجوع فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع فلايبقى شك في زوال الملك حتى يستصحب ومن الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع شرعي (والسيد) قده وان اورد عليه بهذا الايراد الا انه اشكل على هذا الاصل بانه لايجري عند المصنف لكونه من الشك في المقتضي (اقول) اشكال السيد قده وان كان في غير محله ـ من جهة ان الشك في المقتضي هو الشك في بقاء المستصحب في عمود الزمان لا الشك في مقدار استعداده بالنسبة الى الزمانيات كما حقق في محله ـ الا ان اصل الايراد لايكون موجها وذلك لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد فبعد امتناعه وارتفاع الموضوع لامورد لاستصحاب الحكم (فتحصل) ان ما افاده المصنف ره على القول بالملك تام .

واما على القول بالاباحة ـ فقد ذهب المصنف ره الى ان الاصل عدم اللزوم و

استدل له بوجهين (احدهما) اصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة ـ الحاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لوسلم جريانها (الثانى) قاعدة تسلط الناس على اموالهم ـ واورد على الوجه الثانى بايرادين (الاول) ما عن المحقق النائينى ره وهو ان ماذكره المصنف ره فى المقام ينافى مااختاره فى الامر الرابع فى الاباحة بالعوض من ان الاقوى اللزوم(١) لعموم المسلمون عندشروطهم ( وفيه) انه فرق بين المقامين فانه فى ذلك المقام الاباحة عقدية مالكية و بالتزام المالك نفسه و اما الاباحة فى المقام فهى اباحة تعبدية شرعية غير عقدية و ثابتة بخلاف مقتضى العقد فذلك الوجه لايجرى فى المقام . ( الثانى) مااورده المحقق الايروانى ـ وهو ان الاباحة الثابتة فى مورد المعاطاة المقصود بها الملك بما انها اباحة تعبدية شرعية ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها فى موضوع عدم رضا المالك بالتصرف ـ فدليل السلطنة وقاعدتها لاتنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الاباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الاحكام الشرعية ( وفيه) ـ ان غاية ماثبت بالدليل على خلاف السلطنة انما هو جواز تصرف المباح له فى مال الغير من دون رضاه ـ و اما انه هل يباح له حتى مع منع المالك ام لا فلا يستفاد من هذا الدليل فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة ـ اذلابد من التمسك بالعام عند الشك فى التخصيص الزايد ـ وان شئت قلت ـ ان دليل السلطنة قد خصص بمادل على جواز التصرف مع عدم رضاه واما انه اذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك ام لا فالدليل المخصص غير شامل له فلابد من الرجوع الى العام (فيحصل ) ان ماذكره المصنف ره على القول بالاباحة تام ـ هذا بناءاً على القول بالاباحة الشرعية و اما على القول بالاباحة المالكية من جهة الرضا الضمنى فالامر اوضح كمالايخفى.

---

١ـ الوسائل باب ٦ـ من ابواب الخيار

# من الملزمات تلف العينين

(قوله قده اذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعا الخ) اقول بعد ما لا كلام على الظاهر عنده وعند غيره فى ان تلف العينين من الملزمات على القول بجواز المعاطاة ـ للاجماع ـ تصدى قده لبيان وجه اللزوم على القولين اى القول بالملك والقول بالاباحة.

واستدل له على الاول باصالة اللزوم بدعوى ان المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين وحيث ارتفع مورد التراد امتنع ـ وليس هذا الجواز نظير الجواز فى البيع الخيارى كى يستصحب بعد التلف لان ذلك الجواز من عوارض العقد ـ وهذا الجواز من عوارض العوضين (واورد عليه) بايرادات ـ عمدتها ايرادان (احدهما) ان المراد بتراد العينين التراد فى الملكية اى رد الربط الملكى القائم بالعين ـ وهذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ والرجوع معاملة جديدة فمتعلق الجواز دائما هو العقد فلا فرق بين الموردين (ثانيهما) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان متعلق التراد ملكية العينين لا انفسهما والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود كذلك يصح انتزاعها من التالف فانها من الاعتباريات وهى مما لا يتوقف على موضوع موجود. وعليه فالموضوع وان كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التلف ايضا (اقول) الذى يخطر بالبال فى توضيح كلام المصنف ره بنحو يندفع هذان الايرادان وساير ما اورد عليه ـ ان المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل وجه ـ والمراد بالتعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة وهى تراد العينين خاصة كما تقدم. وعلى ذلك فاذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثانى فلا محالة يكون مرتفعا بعد تلف العينين والمفروض لزوم المعاملة من الجهات الاخر فلا مورد للرجوع وعلى هذا فما افاده المصنف ره فى غاية المتانة (وبهذا) يظهر تمامية ما ذكره المصنف ره فى ما لو شك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع فى العين او تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالتراد اذ لا دليل

فى مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لايتحقق الامع بقائهما فان الترديد ح من قبيل الترديد بين الاطلاق والتقييد لامن قبيل الترديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع احدهما قابلا للبقاء دون الاخر .

واستدل قده لذلك على القول بالاباحة بان تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه لان مايتوهم كونه سببا للضمان هى قاعدة الضمان باليد . وهى لاتجرى فى المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان ( اقول ) ماذكره فى المقام ينافى ماذكره فى جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين (بماحاصله) ان الجمع بين الادلة يقتضى الالتزام بدخول التالف فى ملك من تلف فى يده قبل التلف آناما ووجهناه بان المؤثر فى الملك هو المعاطاة والتلف او ارادة التصرف المتوقف على الملك من تمام سبب الملك كالقبض فى الصرف والسلم وعلى ذلك فيجرى على هذا القول ايضا ما ذكرناه على القول الاخر بل اللزوم هنا اولى لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ماذكرناه مضافا الى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام مطلقا ـ و هو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لافى ملك وما يكون مشكوكا فيه لاحقا هو الجواز فى الملك فتامل (فتحصل) ان الاظهر كون تلف العينين من الملزمات .

## تلف احدى العينين

**(قوله قده ومنه يعلم حكم مالو تلف احدى العينين او بعضها الخ)**

اقول على القول بالملك حكم تلف احدى العينين حكم تلف كلتيهما بلافرق اصلا واما على القول بالاباحة (فمحصل) ماافاده قده ان جماعة من الاساطين بنوا على اصالة عدم اللزوم . لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة وسلطنته عليها اذ وان كان يحتمل زوال ملكه ومعه لامورد للتمسك بدليل السلطنة الا انه يستصحب ملكه لها و سلطنته عليها (وبه يظهر) اندفاع ما اورده السيد الفقيه ره وغيره بقولهم لامجال لاستصحاب

السلطنة مع وجود قاعدتها فلامعارض للبرائة اذ الدليل لايعارض الاصل- واورده هو قده على القوم - بانه يعارض مع اصالة برائة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته- للقطع بعدم مجانبة التلف - او للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها (لايقال) ان مقتضى عموم(١) على اليد الضمان فلا يجرى الاصل المزبور ( فانه يقال ) ان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان وكذا بعده اذا لم يرجع مالك العين الموجودة .

انما الكلام فى ضمانه اذا رجع - وقاعدة اليد لاتصلح لاثبات الضمان فى هذا المورد لوجهين (احدهما) ان مقتضى هـذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط و بعبارة اخرى مقتضاها العلية التامة للضمان لا الناقصة اى كون اليد جزء العلة و جزئها الاخر رجوع مالك العين الموجودة (ثانيهما) ان المال الماخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد فى زمان وهو قبل التلف وبعده قبل الرجوع فلا يرجع اليه بعد الرجوع لان المورد من موارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا الى عموم العام لعدم كون الزمان مفردا للعام .

ثم انه قده اورد على نفسه توجيها لكلام الاساطين بـامور ثلاثة ( الاول) ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة اذ الشك فى الضمان ناش عن الشك فى بقاء السلطنة اذ لو كانت باقية ورجع لامحالة يكون ضامنا بالمثل او القيمة (الثانى) ان الضمان المطلق معلوم والشك انما هو فى ان البدل هو البدل الحقيقى اى المثل او القيمة او البدل الجعلى اعنى العين الموجودة فلايجرى الاصل فى شىء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالى بثبوت احدهما (الثالث) ان عموم(٢) الناس مسلطون على اموالهم يدل على سلطنة مالك العين التالفة ايضا عليها باخذ بدلها وهو المثل او القيمة ومع وجود الدليل الاجتهادى لامورد لاصل البرائة - وفيما ذكره ره مواقع للنظر ( الاول ) تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة فانه ينافى ما تقدم منا ومنه من انه على القول بالاباحة لابد من البناء على ان التالف قبل تلفه آناما يصير ملكا لمن

---

١- سنن بيهقى ج ٦ص٩٠ - ٢-البحار ج ٢ -ص٢٧٢ -الطبع الحديث

هو تحت يده و كك العين الموجودة تصير ملكاللاخر فاذا ملك كل منهما مال الاخر فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلاتفاوت اصلا ولامورد لجريان اصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه فالسلطنة الثابتة قدزالت قطعا (الثانى) ماذكره ره من حكومة اصالة السلطنة على اصالة البرائة ـ فانه يرد عليه انلازم بقاء السلطنة ونفوذ الرجوع وان كان ضمان بدل التالف لماتقدم الا ان الثانى ليس اثرا شرعيا للاول كي يترتب على استصحابه (الثالث) مـاذكره ره من عدم جريان اصالة البرائة فى نفسها للعلم الاجمالى ـ فانه يرد عليه انهذا العلم منحل لجريان استصحاب بقـاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف فانه على هذا يجرى اصالة البرائة عن ضمـان المثل او القيمة بلا معارض ( الرابع ) ما افاده قده من ان دليل السلطنة يدل علـى السلطنة على المال التالف باخذ بدله ـ فانه يرد عليه ان هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذى موضوعه اموالهم فانها لاتشمل الاموال المعدومة التالفة ( فتحصل ) انه من الملزمات مطلقا .

# اذا كان احد العوضين دينا فى الذمة

## (قوله قده ولو كان احد العوضين دينافى ذمة احدالمتعاطيين الخ)

ربمايقال انه لوقلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمـات لامورد لهذا البحث لان غاية مافى المقام سقوط مافى الذمة وهو بمنزلة التلف (ولكن) يمكن ان يقال انه اذا كان احد العوضين دينا ـ والاخر مما يخرج عن ملك من انتقل اليه كما اذا اشترى احد عموديه ـ اوكان العوضان دينالا يلغو هذا البحث.ـ و كيف كان فلو كان احد العوضين دينا فالكلام يقع تارةبناءاً على القول بالملك واخرى بناءاً على القول بالاباحة .

اما على الاول فقداستظهر المصنف ره كونه فى حكم التلف معللابان الساقط لايعود ـ ثم احتمل العود واستضعفه (اقول) بعد سقوط مافى الذمة لابدمن البناء على

اللزوم على القول بان تلف احدى العينين من الملزمات . الساقط عادام لم يعد. وان كان ماذكره من ان الساقط لايعود متين فانه ان عاد ليس هو شخص الذمة الساقطة على الفرض لانها تتشخص بتشخص اطرافها فمع سقوط مافي الذمة انعدم ذلك الشخص واعادة المعدوم محال. والوجه في ملزميته على كل تقدير ان حق الرجوع بالسقوط ذهب ورجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لايصحح تعلق الحق به ثانيا اذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل وان اريد ارجاعها مشغولة بالفسخ فالامر اوضح اذ لابد وان يكون متعلق الحق ثابتا قبل الفسخ كي يتعلق الحق به فيفسخ وياخذ بحقه .

واما على القول بالاباحة ففي المتن والظاهر ان الحكم كك على القول بالاباحة و هذه العبارة يحتمل فيها وجهان (احدهما) ان الحكم هو اللزوم كما هو كك على القول بالملك وهذا هو الذى فهمه السيد من العبارة (ثانيهما) ان جعل الدين عوضا على القول بالاباحة يوجب سقوط مافي الذمة كما هو كك على القول بالملك اذ لامعنى لاباحة ما في الذمة سوى سقوطه والابراء عنه (اقول) اما الحكم باللزوم بناءاً على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلف احدى العينين فلاارى له وجها اذ غاية ما في الباب سقوط مافي الذمة وهو في حكم التلف. و لكن السقوط يرد عليه (اولا) انه لو سلم عدم معنى معقول لاباحة ما في الذمة لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط مافي الذمة (وثانيا) ان اباحة ما في الذمة امر معقول لامكان نقل ما يملكه الغير في ذمته باذنه و رضاه ـ نعم ـ لو كانت الاباحة الثابتة في المعاطاة اباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور لها معنى معقول في المقام ولكنه بمراحل عن الواقع (واما) ما افاده المحقق النائيني ره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما في ذمته (فغريب) فان الانسان لا يملك ما في ذمته ولامانع من تسلطه عليه بنقله وغيره (فتحصل) انه على القول بالاباحة لاتصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك.

# نقل العين بالعقد اللازم

**(قوله قده لو نقل العينان او احداهما بعقد لازم فهو كالتلف الخ )** اقول الحق كونه من الملزمات على القولين. اما على القول بالملك فلخروجه عن ملكه والمفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبى والمتيقن منه ما اذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت اليه (مع) انه اذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع الترادومعه لامعنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت فى المعاطاة انما هو جواز التراد ـ و اما على القول بالاباحة فكك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك و كذا ان كان بغيره لامتناع التراد فلامعنى لبقاء الجواز .

**(قوله قده ولو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك الخ)** محصل ماذكره ره فى المقام ـ انه على القول بالملك (يحتمل) جواز التراد اذا عادت العين بالتفاسخ والاقالة ـ لاستصحاب الجواز الذى موضوعه مايملكه المتعاطيان و هو محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ فلامانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن موضوعه عند ثبوته (وبهذا) البيان يندفع مـا اورده السيد ره بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين فبعد العود الاصل بقائه على السقوط . اذ بعد النقل الى الغير لاقطع بزوال الجواز بل لوكان موضوعه ما يملكه المتعاطيان لا مـانع من بقاء الجواز على تقدير التمكن منه ( و يحتمل ) عـدم الجواز مـن جهة ان دليل جواز التراد انما هو دليل لبى فيمكن ان يكون موضوعه مـا يملكه المتعاطيان قبل النقل فلايجرى الاستصحاب لعدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه ـ وحيث ان المتيقن ذلك اى كون الموضوع مايملكه المتعاطيان قبل النقل فلابد فى غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم (وبما ذكرناه) ظهر اندفاع ما اورده السيد ره عليه ـ بـان المستصحب معلوم الزوال لا ان الموضوع غير محرز (فان) المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب ( و اما) على القول بالاباحة فاحتمل فيه وجوها (الاول) ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق الملك آنا ما فبالتفاسخ يرجع

المباح له الى ملك الثانى ولا دليل على زواله بل الحكم هنا اولى لانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك فان الثابت فى السابق سلطنة الشخص على ملكه لاجواز رد ملك الغير فلا موردللاستصحاب (الثانى) ماذكره (**بقوله نعم لو قلنا بان الكاشف الخ**) والظاهر انمراده كون العقد علة لحصول الملك للبايع و خروجه عن ملكه فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد فاذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الاخر كك يرتفع هذا المعلول فيدخل فى ملك المبيح بالفسخ ـ فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد (الثالث) عدم كشف التصرف عن سبق الملك ولاكونه علة بل المال يخرج من ملك المبيح ويدخل فى ملك المشترى وعلى هذا فبالفسخ يرجع الى ملك المبيح فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد ـ ثم استضعف الوجهين الاخيرين واختار الاول.

اقول يرد عليه قده امور ( الاول ) ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتفاسخ من جهة وضوح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لامورد للتراد من جهة انبه يحصل الملك الجديدفلايتوهم معه عودالحق ـ مع ـ انهلافرق بين السبب الجديد والفسخ فان الحاصل بالفسخ ايضا ملكجديد لعدم معقولية عود عين الملك الزائل ( الثانى ) ان الاستصحاب الذى احتمل جريانه على القول بالملك لايجرى لوجهين (الاول) كونه استصحابا تعليقيا (الثانى) كونه استصحابا حكميا و المختار عدم جريانه (الثالث) ما ذكره ره على القول بالاباحة من قوة الوجه الاول غير تام لماعرفت فى التنبيه الرابع من اقوائية الوجه الثالث فراجع ( الرابع ) ما ذكره ره على القول بالاباحةمن البناء على الوجه الثانى مردود ـ فان العقد و ان كان علة لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيح فان الفسخ حل للعقد من حينه لامن حين وقوعه فلا يصلح لرفع هذا الاثر من العقد (الخامس) ان ما فاده ره على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى مالكه الاول ـ يرد عليه ـ انه اذانقل المباح الى ثالث فلا محالة اخرجه من ملك مالكه الاول وهو اما لايملك ما جعل بازاء ذلك فى المعاطاة ـ اويملكه ـ وعلى الاول اما لايكون المباح له ضامنا لمثل ماله اوقيمته او يكون ضامنا ـ لاسبيل الى شىء من الاولين

لان المفروض ان المباح له اتلف ماله و هـو وان كان باذنه الا انه لم يكـن اذنا مجانيا بل بعوض ـ والعوض انما هو العوض المسمى لا المثل والقيمة ـ فلا محالة يملك ما جعل بازائه ـ والمباح له يملك الثمن الذى جعل فى العقد الثانى ـ فبالفسخ يرجع المال الى البايع الثانى لا المالك الاول فانه لاموجب لزوال ملكه عـما جعل عوضا فى المعاطاة فتدبر فـانه دقيق ( فتحصل ) انـه لايجوز التراد بعـد الفسخ على القولين .

## نقل العين بعقد جائز

(قوله قده ولو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الخ)

محصل ما افاده فى المقام ان الناقل ربما يكون معاوضة جائزة ـ واخرى يكون غير معاوضة كالهبة (وان كان ) معاوضة فعلى القول بالملك تصـير المعاطاة لازمة لعـدم تحقق التراد و تحصيله غير واجب لانه موضوع الجواز و كذا على القول بالاباحـة اذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك (وان كان) غير معاوضة كالهبة فكـذلك على القـول بالملك (واما) على القول بالاباحة والقول بعدم توقـفها على الملك بل هى ناقلـة للملك عن ملك مالكه الى المتهب فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملـكه دون الواهب فيتجه الحكم بجواز التراد ويكون الـرجوع فى المعاطاة بواسطة الرجوع فى الهبة او يكون كاشفا عنه كتصرف ذى الخيار مع بقاء العين الاخرى او عودها الى مالكها بهذا النحو من العود ـ اذلو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف فان السلطنة الثابتة لمالك العين الموجودة المفروض رجوعها عن الاجنبى اليه باقية على اباحتها للاخر ـ انما تقتضى جواز الرجوع بسلب اباحتها عنه اذا لم يلزم من اعمالها اشتغال ذمة المالك بعوض العين التى كانت مباحة عنده ـ والا فحكمه حكم المعاوضة والتلف و يجرى فيه ما ذكرناه فيهما ـ فاذا لم تكن العين الاخرى باقية او كان عـودها بسبب جديد كالارث لاتكون مباحة له فلا محالة تشتغل ذمته بالعوض فتدبر جيدا .

اقول يرد على ماافاده قده امور ( الاول) انظاهر ماذكره فى المعاوضة على القول بالملك ـ انه لو كان له الزام الناقل تحقق التراد مع انه ليس كذلك فانه لو عادت العين كانت الملكية غيرما كانت ثابتة قبل النقل فلايكون الموضوع محرزا كماتقدم لما عرفت من ان المتيقن من الدليل كون الموضوع هومايملكه المتعاطيان قبل النقل (الثانى) ان حصره عدم جواز التراد على القول بالاباحة فى المعاوضة بانها كاشفة عن سبق الملك ـ فى غير محله ـ فانه اذالم تكن كاشفة عنه بل قلنا بان المال يخرج عن ملك المبيح و يدخل فى ملك الثانى ليس له الرجوع فان المباح له انما نقله عن نفسه لاعن المالك فحكم جواز الرجوع انمايكون له لثبوته للناقل دون المالك . الثالث ماذكره من الفرق بين الهبة والمعاوضة على القول بالاباحة ان قلنا بان التصرف فى مثله لايكشف عن سبق الملك ـ غيرتام ـ فان المباح له بما انه اتلف مال المبيح و اخرجه عن ملكه فهو يكون ضامنا و ضمانه انمايكون بالمسمى فلامحالة يملك ماجعل عوضا فى المعاطاة ـ و عليه ـ فان اريد من الجواز الثابت له جواز المعاطاة فهو غير ثابت و معلوم الزوال لانه كان عبارة عن جواز رد ملكه الى نفسه والمفروض انتفاء موضوعه ـ وان كان المراد الجواز الثابت للهبة فهو انما يكون للواهب لانه وهبه عن نفسه لا عن مالكه فيكون جواز الرجوع له لاللمالك ( فتحصل ) ان الناقل من الملزمات مطلقا .

## لو باع العين ثالث فضولا

(قوله قده ولو باع العين ثالث فضولا الخ) اقول محصل مدعاه انه على القول بالملك لا اشكال فى نفوذ اجازة المالك الثانى ـ والوجه فيه ظاهر ـ وفى نفوذ اجازة المالك الاول كان مرددا ولم يستبعد نفوذها ـ والوجه فى تردده ـ ليس ماافاده المحقق النائينى ره من ان رد البيع ليس كرد ذى الخيار ما انتقل عنه فى تحققه بكل فعل اوقول بل لابد وان يكون بالدلالة المطابقية و هى تتحقق برد العين لا باجازة

الفضولى فانها لازمة للرد-لان لازم هذا الاشكال فى كون بيعه ردا -مع- انه يصرح بكونه ردا بلا كلام. بل الوجه فيه احد امرين (احدهما) ان الاجازة ليست كالبيع تصرفا من المجيز قاصدا به الرجوع - بل انفاذ لتصرف الغير الذى لارجوع له ولم يقصده ايضا (ثانيهما) ان الاجازة انما تكون على خلاف القاعدة وهى تكون ثابتة للمالك و ثبوتها لمن يصير مالكا ولو بها لم يدل عليه دليل- ولكن الوجهين ضعيفان (اما الاول) فلان الاجازة وان كانت انفاذ التصرف الغير الا انها بنفسها تصرف وموجبة لصيرورة العقد والتمليك تمليكه (واما الثانى) فلما سيأتى من انها ثابتة على القاعدة فكما انه بالبيع يجوز الفسخ كذلك بالاجازة فلا اشكال فى نفوذ اجازته ايضا (واما) على القول بالاباحة - فقد استشكل ره فى نفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ اجازة المالك - اقول اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر و اما الا شكال فى نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجها سوى الوجه الثانى المتقدم فى اجازة المالك الاول على القول بالملك وقد عرفت مافيه - فالا ظهران لكل منهما الاجازة على القولين .

**(قوله قده ولكل منهما رده الخ)** اقول على القول بالملك لكل منهما ذلك اما للمالك الفعلى فواضح -واما المالك الاول فان قصد برده البيع الفضولى الرجوع فى المعاطاة كان له ذلك فانه رجوع (نعم) لولم يقصد به رد المعاطاة ليس له ذلك لكونه اجنبيا عن المالك والرد حق للمالك -واما على القول بالاباحة فللمالك المبيح ذلك -وفى ثبوته للمباح له تامل بل منع من جهة عدم كونه مالكا - و ليس الرد من التصرفات الناقلة كى يكشف عن سبق الملك و قصده التملك به لايفيد فان قصد التملك بل و انشائه لايفيد فى الملكية فتدبر .

**(قوله قده ولو رجع الاول فاجاز الثانى الخ)** اقول ينبغى اولا تعيين محل الكلام ثم بيان حكمه -اما الاول- فتارة يكون البيع الفضولى واقعا على المثمن واخرى على الثمن وعلى التقديرين تارة يرجع البايع فى المعاطاة ويجيز المشترى فيها و اخرى يكون

الامر بالعكس- فان كان البيع واقعا على المثمن ورجع المشترى واجاز البايع -او كان البيع واقعاً على الثمن ورجع البايع واجاز المشترى نفذ امعا اذ الرجوع فى الموردين يوجب صيرورة المجيز مالكا لما وقع البيع الفضولى عليه قبل الاجازة فله اجازة البيع الواقع على ملكه فالكلام انما هو فى الصورتين الاخيرتين فانه يقع التنافى بين الرجوع والاجازة (اقول) تارة نقول فى الاجازة بالنقل و اخرى نقول بالكشف الانقلابى و ثالثة نقول بالكشف الحقيقى ( اما ) على الاولين فلا اشكال فى لغوية الاجازة لصدورها ممن ليس له تلك (واما) على الاخير فقد يقال انها حيث تكشف عن سبق الملك فيكون الرجوع واقعا فى غير محله (ولكن) يدفعه ان الاجازة وان كانت كاشفة الا انه يعتبر فيها ان تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا لا من لو لم يجز لم يكن مالكا كما فى المقام حيث ان الرجوع اوجب خروجه عن ملكه فالاظهر تقدم الرجوع مطلقا .

## من الملزمات الامتزاج والتغير

( قوله و لو امتزجت العينان او احداهما سقط الرجوع الخ ) اقول ان كان المزج موجبا للتلف الحقيقى -او كان موجبا للتلف عرفا كما لو صبغ شىء باللون المشترى بالمعاطاة - جرى عليه حكم التلف . وان لم يكن موجبا له لا عرفا ولا حقيقة كما لو مزج منا من الدهن المشترى بالمعاطاة بمن آخر فبناءاً على القول بالملك يكون ذلك ملزما . فانه ان قلنا بحصول الشركة بالمزج القهرى فقد تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية فلا يمكن التراد لا خارجا ولا ملكا . لا يقال . ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما اذا مزجه بمال نفسه - فانه يقال - نعم ولكن لو رجع فى المعاطاة وصار ملكا للبايع يملك بالاشاعة لا استقلالا . وان لم نقل بذلك . فالتراد الملكى و ان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجى لا يجوز الرجوع اذ المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجى غير الممكن فى المقام مع ان العين قد تغير وصف من

اوصافها فلادليل على جواز الرجوع فى هذا المورد (واما) بناءاً على الاباحة فقد ذهب المصنف ره الى عدم اللزوم لاصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به (اقول) تارة يزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة ـ و اخرى تنقص ـ وثالثة لاتزيد ولاتنقص (فان) نقصت قيمته لاينبغى التوقف فى اللزوم من جهة ان المشترى اتلف و صفا من او صاف المأخوذ و حيث انه لم يكن مجانيا فلاوجه لعدم ضمانه ـ ولاوجه لضمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثليا او قيميا ولم يجعل فى المعاطاة فى مقابل الناقص شيىء كى يملكه فلامناص عن الالتزام بتملكه جميع ماجعل عوضا فى المعاطاة فيصير المباح له مالكا لماتحت يده فلامورد لاصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه . وان لم تنقص قيمته فان بنينا على حصول الشركة فى المزج القهرى فحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية فلايكون موضوع الجواز باقيا والا فحيث ان التراد الخارجى غير ممكن لعدم تميز الاجزاء المنتقلة منه الى غيره وبعبارة اخرى تغير وصف من اوصافها فلاوجه للجواز (فتحصل) ان المزج مطلقا من الملزمات .

(قوله قده ولو تصرف فى العين تصرفا مغيرا الخ) اقول ان صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلااشكال فى اللزوم اذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم فى المزج . و ان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والاوصاف التى يتفاوت بها الرغبات اذلادليل فى مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك (وعليه) فهو من الملزمات مطلقا ولامورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع وبذلك ظهر مافى كلمات المصنف ره فى المقام .

# جواز الرجوع لا يورث بالموت

**(قوله قده ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة الخ)** وقد اورد عليه جمع من المحققين بانه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز فى البيع المعاطاتى تراد العينين و فى البيوع اللازمة العقد ومجرد ذلك لايقتضى كونه حكما لايورث ولذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار فى البيوع اللازمة يورث مع اختلافهم فى ان متعلق الجواز هو العقد او التراد (و كيف كان) فعلى القول بالملك لايورث الجواز لان توهم ثبوته للوارث ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله مادل على ان ما تركه الميت من حق او مال فلوارثه (فيرد عليه ) ان ظاهر كلمات القوم كونه حكما لانك تربهم فى المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط مع انهم ذكروه فى الخيار فى العقود اللازمة ـ مع ان الشك فى كونه حكما او حقا يكفى فى عدم الحكم بثبوته للوارث للشك فى الموضوع كما لايخفى ـ و ان كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث (فيرد عليه) ان المتيقن منه فى مقابل اصالة اللزوم ثبوته للمتعاطى لا لعنوان المالك و معه لامورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع و اما رجوع المالك الحى الى الوارث فهو ايضا لايجوز من جهة ان الثابت جواز التراد ومع عدم ثبوته للوارث لايمكن التراد وبما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط وانه لايسقط به (واما) على القول بالاباحة فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمنية بل اباحة تعبدية شرعية فلا تكون كما ذكره المصنف ره منوطة بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجزله التصرف ـ و لكن مع ذلك لاتكون هى ثابتة للوارث اذ المتيقن من دليلها ثبوتها للمورث فهى حكم لايورث وعليه ـ فلابد من الالتزام باحد امرين اما حصول الملك بالموت ـ او بطلان المعاملة رأسا ـ وعلى اى تقدير لايكون للوارث الرجوع كما لايخفى. والاظهر هو الاول كما اعترف به المصنف

ره فى جواب بعض الاساطين عندرد استبعاداته فراجع (فتحصل) انه لايورث ولايسقط بالاسقاط على اى تقدير .

( **قوله قده و لوجن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه الخ** ) غاية ما يمكن ان يذكر فى وجه ذلك ان كل مايقبل النيابة يقوم فيه الولى مقام المولى عليه وحيث ان مباشرة المالك فى الرد غير معتبرة . فيقوم مقامه اذاجن ـ ولكن يردعليه ان الثابت بالدليل ولاية الولى فى امواله وحقوقه ـ وحيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلادليل على ولايته فيه وتمام الكلام فى محله وعلى ذلك فحكم الجنون حكم الموت كمالايخفى .

# جريان الخيار فى المعاطاة

(**قوله قده السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى لك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف الخ**) اقول قدمر الكلام فى ذلك بنحو الكبرى الكلية فى التنبيه الاول و عرفت المختار هناك . انما الكلام فى المقام يقع فى امر (وهو) انه بعدماعرفت من انه على القول بالاباحة يكون حصول الملك بالتلف انما هو من جهة شرطيته لتاثير المعاطاة نظير شرطية القبض فى الصرف و السلم فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط وتكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط ـ و قد وقع الكلام فى خيارين احدهما . خيار الحيوان فيما اذا كان التالف حيوانا . الثانى . خيار المجلس.

اما الاول فقدذكر فى وجه عدم ثبوته وجوه (الاول) ان الظاهر من الادلة ثبوت خيار الحيوان فيما اذاكان باقيا . لاما اذا تلف . (وفيه) انه لوكان لسان دليله هكذا . يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه و حيث ان لسانه هكذا . صاحب الحيوان بالخيار . فلامورد لها اصلا كما لايخفى (الثانى) ماافاده المحقق النائينى ره و هو انه لوكان التالف الحيوان ـ فمالم يتلف لاخيار لعدم صيرورتها بيعا و اذا تلف تلف غير متعلق به الخيار فمن اين يثبت به المثل او القيمة (وفيه) انه قدعرفت انه على هذا

المسلك لابد من الالتزام بحصول الملكية آناً ماقبل التلف - و عليه - فتلك الملكية الثابتة هى الملكية مع خيار الحيوان فيتلف الحيوان كك اى متعلقا به الخيار (الثالث) ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته فى الفرض - لان معنى الخيار ملك فسخ العقد - وعليه - فيما ان المسلم عندهم ان التلف فى زمان الخيار ممن لاخيار له اى موجب لبطلان المعاملة فثبوت خيار الحيوان فى الفرض موجب لانفساخ المعاملة و امتناع فسخها لانه تحصيل الحاصل و بعبارة اخرى ليس قادرا على الحل والابقاء - فاذا امتنع ذلك امتنع ثبوته لانه يلزم من وجوده عدمه وماهو كك محال فتدبر فانه دقيق .

واما الثانى فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين (الاول) ماعن المحقق النائينى ره وهو ان هذا الخيار من جهة مافى ذيل دليله فاذا افترقا وجب البيع يختص ثبوته بالعقد اللازم من غير هذه الجهة و لايكون ثابتا فى العقد الجائز فى نفسه كمافى المعاطاة وقد تقدم الجواب عنه فى التنبيه الاول فراجع ( الثانى) ان المعاطاة تصير بيعا بعد التلف اومابحكمه ففى مجلس المعاطاة لاتصير كك حتى يلحقها احكامه (وفيه) اولا ماتقدم من انها بيع من الاول ( وثانيا) انه يمكن ان يطول المجلس الى تحقق احد الملزمات من النقل وغيره فالاظهر ثبوت خيار المجلس وعدم ثبوت خيار الحيوان .

## حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

**(قوله قده الثامن - اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم فان قلنا الخ)** اقول الكلام فى هذا التنبيه يقع فى موارد .

المورد الاول فى عنوان المصنف ره هذا الامر - فانه اورد عليه بامرين (الاول) ماعن المحقق الخراسانى ره وهو ان قوله قده فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء يكون خلفا لقوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم ( الثانى) ان اخذ محل الكلام ما اذا كان القول فاقدا لشرائط اللزوم ظاهر فى كونه جامعاً لشرائط الصحة - ومثل هذا العقد لا كلام من احد فى صحته - و بعبارة اخرى - المفروغ عن صحته كيف يكون

محل الخلاف من حيث الصحة والفساد (والجواب) عنهما ان مراده من القول الفاقد لشرائط اللزوم الذى اخذه فى العنوان هو القول الفاقد للعربية والماضوية ونحوهما من الامور التى وقع الخلاف فى كونها شروطا للصحة او اللزوم - و بعبارة اخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفية فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين.

المورد الثانى فى وجه التعرض له - والظاهر ان التعرض له من جهة دفع مايترای من التنافى بين كلمات الفقهاء حيث ان بنائهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لايترتب عليه الملكية و لايجوز التصرف فيه ويجب رده الى مالكه وهذا ينافى مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعا للمحقق والشهيد الثانيين من انه لو اوقع المتعاقد ان العقد فاقداً لشروط الصيغة يكون معاطاة والمصنف ره تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

المورد الثالث فى بيان ماقيل فى وجه الجمع ومايمكن ان يقال وقد ذكروا فى وجه الجمع امورا (منها) ماعن بعض وهو محكى فى المتن و حاصله ان الحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد انماهو فيما اذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة والحكم بصحته معاطاة انماهو فيما اذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين - واورد المصنف ره عليه بايرادات (الاول) ان المفروض فى المقام هو تقيد الرضا بانشاء التمليك فلايكون مع فرض العلم بالفساد (الثانى) ان لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة فيما اذا علم بفساد العقد لا مطلقا (الثالث) ان الرضا بالتصرف انمايفيد اباحة التصرفات كالاذن فيها و هذا اجنبى عن المعاطاة (ومنها) ما عن المحقق الخراسانى ره و هو ان الحكم بالضمان فى تلك المسألة اقتضائى اى من حيث كونه عقد افلا ينافى صحته معاطاة (وفيه) ان كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة فى الضمان الفعلى لا الحيثى - و منها غير ذلك ممايظهر مافيه من بيان حق القول فى المقام (وهو) انه اذا كان المفقود الشروط التى دل دليل خاص على اعتبارها فى ماينشأ به البيع لا كلام فى عدم صحته معاطاة اذ المعاطاة انماتصح لكونها بيعا مشمولا للادلة والعمومات على الفرض (نعم) لو قلنا بان مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدى الخاص لا العمومات وفرضنا شمول موضوع ذلك

الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطاة لكن المبنيين فاسدان .. و عليه ـ فاذا بقى رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض ولم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف صحت المعاملة ام فسدت جاز التصرف فيه ولكنه لايكون معاطاة ـ لان المعاطاة التى تكون موضوعا لهذا المبحث هى التى قصد بها التمليك لا الاباحة ـ و ان اعرضا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التمليك يكون التقابض معاطاة (واما) اذا كان المفقود الشروط التى اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن فالظاهر وقوعه صحيحا وبيعا شرعيا مشمولا للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع و السيرة ـ و كذا لو قلنا بصحتها للسيرة العقلائية لعدم الفرق عندهم بين الفعل و القول الفاقد وان قلنا بصحتها بالاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو ما اذا كان انشاء التمليك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط ـ هذا تمام الكلام فى المباحث المتعلقة بالمعاطاة والحمد لله اولا وآخرا.

# فى الفاظ عقد البيع

**(قوله قده مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع الخ)** اقول هذا البحث منه مبنى على ماهو المشهور من عدم افادة المعاملة الفعلية للملكية اللازمة بل للاباحة فقط او الملكية الجائزة وان كان بعض الخصوصيات التى يذكرها اعم كما ستعرف ـ و كيف كان فالكلام فى هذا المبحث يقع فى مقامين (الاول) فيمن يعتبر فى حقه اللفظ فى معاملاته (الثانى) فى خصوصيات الالفاظ .

اما المقام الاول فقد يقال انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز عن التكلم ـ واما العاجز عنه كالاخرس فلا يعتبر فى معاملاته اللفظ .. وحق القول فى الاخرس يقتضى التكلم فى مواضع ( الاول ) فى معاطاته و انه هل تكون هى كمعاطاة غيره لاتفيد الملكية او اللزوم اولا تكون مثلها ( الثانى ) فى اشارته (الثالث) فى كتابته .

اما الموضع الاول فان قلنا باعتبار اللفظ فى الملكية او اللزوم ـ من جهة ان

التعاطى الخارجى غير قابل لان ينشأ به الملكية وانه قاصر عن افادة الملكية او اللزوم. فالحق عدم افادة معاطاة الاخرس ايضا ذلك اذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك فمع عدم الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقق المنشأ (وان قلنا) باعتباره فيها للاجماع والا فالمعاطاة فى نفسها مشمولة للعمومات وغير قاصرة عن افادة ذلك (فتارة) يقال ان التقييد باللفظ فى كلماتهم لخصوصية فيه (واخرى) يقال بان التقييد به من جهة انه الغالب والا فالمعتبر هو كل مايقدر عليه مما يكون كاللفظ ولا يكون ذا وجوه ولا يتطرق فيه الاشتباه . وعلى الثانى فحيث انه لا كلام فى ان الاخرس ليس ممن لايقدر على البيع فالمتيقن من الاجماع غيره فلابد من البناء على صحة معاطاته . واما على الاول . فيبنى على ان معاطاته كمعاطاة غيره . ولو شك فى انه من قبيل الاول او الثانى فلا محالة يشك فى تخصيص العمومات بالاضافة اليه والاصل عدمه وصحة معاطاته.

واما الموضع الثانى فلا ينبغى الريب فى ان انشاء المعاملات كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لما نرى بالوجدان ان العقلاء فى مقام تفهيم مراداتهم من الامر والنهى وغيرهما يبرزونها بالاشارة وليس الانشاء الا ابراز امر نفسانى بداعى تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك الامر وليست كالاعطاء ذا وجوه كى يقال انها قاصرة عن افادة الملكية و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ وصحة المعاملة بالاشارة حتى على القول بعدم صحة المعاطاة وعدم افادتها الملكية لقصور الفعل عن انشاء الملكية به . و هذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل وعدمها (الا ان) يدعى الاجماع على عدم صحة انشاء المعاملة بها . ولكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم لاريب فى اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل اذ مع العجز عنه و القطع بان الشارع لايرضى بان لا يعامل الاخرس اصلا ـ لامناص عن البناء على صحة معاملاته بالاشارة .

وقد استدل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين (احدهما) اصالة عدم وجوب التوكيل (واورد) عليه المصنف ره بان الاصل فى المعاملات الاشتراط (اقول) مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للاشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم واما فى صورة العجز وان كان قادرا على التوكيل فلا اجماع على عدم

الصحة فمقتضى العمومات الصحة ولو شك في الاشتراط وعدمه يكون الاصل عدمه وعليه فلا يرد عليه ماذكره المصنف ره (الثاني) فحوى ماورد من النص(١) على جوازها في الطلاق وفيه تأمل .

واما الموضع الثالث فعن المحقق النائيني عدم كفاية الكتابة ( واستدل له ) بالاجماع على عدم تأثيرها في غير الوصية - وبانها - ليست مصداقا في العرف والعادة لعنوان عقد او ايقاع فليست آلة لايجاد عنوان بها (اقول) يرد على الاول انه اجماع منقول مع ان المتيقن منه صورة القدرة على التكلم لا مطلقا - ويرد على الثاني ان عناوين العقود و الايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية واللفظ و كذاما يقوم مقامه مبرز لذلك - وعليه - فكما انه يصح الاخبار بالكتابة كك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله - مع - انه قد ورد في بعض ( ٢ ) اخبار الطلاق انه يصح الطلاق بالكتابة بل تقدمه على الطلاق بالاشارة فلو لم يكن انشاء الطلاق بها ممكناً لما كان وجه للحكم بوقوعه ( ثم انه ) بعد ما عرفت من ان كفاية الاشارة و الكتابة انما تكون على القاعدة فلا معنى للنزاع في تقدم الكتابة او الاشارة ( نعم ) في خصوص الطلاق بحث موكول الى محله - كما ان مقتضى ذلك شمول ما ذكرناه لكل عاجز عن التكلم و لو لم يصدق عليه الاخرس .

## في خصوصيات الفاظ العقد

**( قوله قده ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ الخ )** هذا هو المقام الثاني من البحث - وملخص القول فيه بعدما لا كلام في صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلاعناية قرينة ولو صارفة - وبالمجاز المشهور الذي يحتاج ارادة المعنى الحقيقي منه الى قيام القرينة يقتضي التكلم في مواضع - الاول - في انشاء المعاملة بالكنايات

---

١ - ٢ - الوسائل - باب ١٩ - من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه - حديث - ٠ - ١

- الثاني- في المجازات -- الثالث-- في المشترك اللفظي- الرابع- في المشترك المعنوى.

اما الموضع الاول فالمشهور بين الاصحاب على مانسب اليهم عدم وقوع العقد بالكنايات - و المراد بالكناية في المقام ليس ماهو من اقسام المجاز و هو استعمال اللفظ الموضوع للازم المعاملة في معنى تلك المعاملة الذى هـو الملزوم مجازا بل المراد بها استعمال اللفظ في معناه الحقيقي وهو اللازم للانتقال الى الملزوم- والشاهد على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب الى انعقاد المعاملة بالفاظ تكون موضوعة لمعنى هو لازم المعاملة (فما) هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الاول كما - يشير اليه قوله قده وربما يبدل الخ - و قوله قده بعد ذلك ومن الكناية ماافاد لازم الخ (غير صحيح) و كيف كان - فقد اختار المحقق النائيني ره عدم الانعقاد بها (واستشهد) لذلك بأن انشاء اللازم وايجاده في الانشاء القولي ليس ايجاداً للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لااثر له لان الدواعي لااثر لها في باب العقود والايقاعات- ثم اورد- على نفسه بان الملزوم وان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا وفي المرتبة الثانية -واجاب عنه - بان الايجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود فينصرف الاطلاق عنه و لاتشمله العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة (اقول) يرد عليه (اولا) انه قده صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصداق للازمه كالتسليط ينعقد به - ولم يظهر الفرق بين الفعل والقول في ذلك (وثانيا) انه لافرق بين الاخبار والانشاء الا في الداعي كما اشرنا اليه غير مرة فكما يصح الاخبار بالكناية كك يصح الانشاء بها- مع- انه لو سلم كون الانشاء ايجاد الامر لا اظهاراً اقول انه بعد فرض الملازمة بين اللازم و الملزوم اذا وجد اللازم في اى وعاء كان لامحالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء (وبالجملة) لايعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مماله ظهور عرفي في المراد ولااشكال في ان اظهار اللازم عرفا اظهار للملزوم (ودعوى) انصراف الاطلاق عنه لاتسمع فالاظهر انعقاد البيع وغيره من المعاملات بالكنايات .

واما الموضع الثاني فقد فصل المصنف ره بين كون القرينة حالية او مقالية و

اختار الانعقاد فی الثانی دون الاول . وبه جمع بین کلمات القوم و نسبه الیهم (واستدل له) بانه اذا کانت القرینة لفظیة فیرجع الافادة بالا خرة الی الوضع ولا یعقل الفرق فی الوضوح الذی هو مناط الصراحة بین افادة اللفظ للمطاب بحکم الوضع او افادته له بضمیمة لفظ آخر یدل بالوضع علی ارادة المطلب من ذلک اللفظ . وهذا بخلاف ما اذا کانت القرینة حالیة . فان الافادة ح لاتکون باللفظ و المفروض عدمها لعبرة بغیر الاقوال فی انشاء المعاملات (وفیه) ان الدال علی المعنی فی الاستعمال المجازی انما هو اللفظ و ذو القرینة و القرینة انما تدل علی ذلک ای ارادة المعنی من ذی القرینة لان جزءاً من المعنی یستفاد من ذی القرینة وجزءاً منه من القرینة مثلا فی قولنا رأیت اسدا یرمی یکون یرمی قرینة علی ارادة الرجل الشجاع من الاسد ـ وعلیه . ففی جمیع المجازات یکون الدال علی المعاملة هو اللفظ (فالاظهر) صحة الانشاء بالمجاز وان کان بعیدا .

وبما ذکرناه ظهر الحال فی المشترک اللفظی اذا کانت افادة اللفظ فیه للمعنی المراد مع القرینة .

واما الموضع الرابع ای المشترک المعنوی فقد اختار المحقق النائینی ره عدم صحة الانشاء به اذا کان مشترکا بین العقود التملیکیة وغیرها من النقل الخارجی کلفظ نقلت (واستدل له) بان امتیاز النقل الخارجی عن النقل الاعتباری لیس بعین ما به اشتراکهما فلامحالة ینشأ الجنس العالی اولا ثم یمیز بالفصل فیلزم التدریجیة فی الوجود (وفیه) انه وان کان اللفظ مرکبا الا انه لایکون ذلک الاعتبار النفسانی البسیط تدریجیا من حیث الاظهار والابراز ـ بل یصیر مبرزا بالمجموع ـ فالاظهر صحة الانشاء بالمشترک المعنوی ایضا.

# فی الفاظ الا یجاب و القبول

(قوله قده اذا عرفت هذا فلنذ کر الفاظ الایجاب والقبول منها لفظ بعت الخ)

اقول انه قده بعد ما بین الاقوال فی المسألة و بین وجـه الاشکال فی انشاء المعاملات بالمشترک والمجاز اذا کانت القرینة الدالة علی ارادة المعنی من غیر الالفاظ

شرع فی بیان الصغری و الکلام فیها وقع فی موارد .

منها لفظ بعت و الکلام فیه من جهة انه من الاضداد کما اختاره المصنف او مشترك معنوی بمعنی التملیك بعوض اعم من ان یکون صریحا او ضمنیا (اقول) المتفاهم منه عرفا کونه موضوعا للبیع المقابل للشراء کما یظهر لمن راجع المرتکز فی ذهنه فلو سلم کونه فی اللغة موضوعا لکل منهما او للجامع بینهما ـ لاینبغی التامل فی ان المتفاهم منه عرفا هو البیع و هذا یکفی فی صحة انشاء البیع به فلا حاجة الی تطویل الکلام فی ذلك .

و منها لفظ شریت ـ و المصنف ره بعد تسلیمه کونه من الاضداد استشکل فی انشاء البیع به بقلة استعماله فیه عرفا و کونه محتاجا الی القرینة المعینة و عدم نقل الایجاب به فی الاخبار و کلمات العلماء (اقول) یرد علیه مضافا الی ماتقدم من انه لا اشکال فی صحة الانشاء و ان کانت القرینة المعینة حالیة (ان) القرینة المعینة دائما تکون لفظیة لان الشراء اذا استعمل فی البیع یکون مفعوله الاول مال نفسه و غیر مصدر بالباء ـ و اذا استعمل فی الشراء یکون مفعوله الاول مال الطرف و مال نفسه یصدر بالباء ـ فالقرینة المعینة دائما تکون هی الهیئة .

و منها لفظ ملکت و الکلام فیه لیس فی صحة انشاء البیع به لما ذکره المصنف من ان حقیقة البیع هی التملیك بعوض ـ بل الکلام فیه انما هو فیما ذکره المصنف ره بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة او المصالحة منه مبنیة علی صحة عقد بلفظ غیره مع النیة (فانه اورد) علیه السید و المحقق النائینی ره بان ما ذکره یتم فی الصلح و لا یتم فی الهبة المعوضة ـ فان الهبة المجانیة و المعوضة من التملیك حقیقة (و فیه) ان الهبة المعوضة من التملیك المجانی لا التملیك بعوض اذ العوض فیها لیس فی مقابل المال الموهوب ـ و المصنف ره یدعی ان الهبة المعوضة لیست من التملیك بعوض ولم یدع عدم کونها من التملیك فتدبر فی کلماته .

و منها لفظ اشتریت و المصنف ره قال ان الاشکال المتقدم فی شریت اولی

بالجريان هنالان شريت استعمل فى القرآن الكريم (١) فى البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشتريت ـ و رفع ـ الاشكال فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا ـ غير صحيح ـ لان الاعتماد على القرينة غير اللفظية فى تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه (اقول) يرد عليه ماذكرناه من الوجهين فى شريت انما الاشكال فيه يكون من جهة اخرى (وهى) ان هيئة الافتعال انما وضعت لمعنيين ـ احدهما ـ قبول المـادة كالاكتساب والاحتطاب والاقتراب ـ ثانيهما ـ قبول المـادة من الغير كالانتقاض وشبهه ـ وفى كل مورد لابد من الرجوع الى اهله فى انـه استعمل فى اى المعنيين وليس لنا التصرف (وعليه) فحيث ان اشتريت فى الكلمات انما استعمل فى قبول المادة من الغير لا فى قبول المادة فاستعماله فى الايجاب لا يصح .

ومماذكرناه ظهر وقوع القبول ـ بلفظ قبلت ورضيت وشريت واشتريت (انما الكلام) فيه فى الفاظ ـ امضيت ـ اجزت ـ انفذت ـ و اشباهها ـ ومنشأ الاشكال ان الانفاذ والامضاء والاجازة انما تتعلق بماله مضى وجواز ونفوذ وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد لا الايجاب خاصة (ولكن) يمكن دفعه بان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب ويكون القبول ملزوما لها فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائى وقد عرفت صحة الانشاء بالكنايات .

( قوله قده فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة الخ ) لا اختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالالفاظ المشتركة بل لو كان بالالفاظ المختصة وكان الاختلاف فى المتقدم يجرى هذا الفرع (ثم ان) الحكم بالتحالف انما هو فيما اذا كان هناك اثر مترتب على كل من الدعويين كما لو كان كل من العوضين حيوانا ـ والا فصاحب الحيوان هو المنكر ـ وللكلام فى هذا الفرع محل آخر ـ

---

(١) سورة يوسف الاية ٢١ ـ البقرة الاية ١٠٢

# اعتبار العربية

**( قوله قده المحكى عن جماعة- اعتبار العربيـة للتأسى الخ )** اقـول قداستدل على اعتبار العربية فى الصيغة بوجوه (الاول) التأسى فان النبى(ص) والائمة عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية ( وفيه ) انه لم يدل دليل على لزوم التأسى او محبوبيته فى كل ماكانوا عليهم السلام يفعلونه الا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربى ولم يتوهم احدلزومه او استحبابه ولعل انشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل(مع) ان مطلوبيتها لاتستلزم فسادالانشاء بغيرها بعدشمول العمومات والاطلاقات له(مضافا) الى عدم لزوم التأسى غايته الاستحباب (الثانى) ان اعتبار الماضوية فى العقديستلزم اعتبار العربية بالاولوية (وفيه) ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية بل هى خصوصية فى كل لغة فهما خصوصيتان فى عرض واحد (الثالث) ان مقتضى اصالة الفسادعدم ترتب الاثر على شىء من العقود والمتيقن مما خرج عن هذا الاصل هو العقد بالعربية فلابدمن رعايتها (وفيه) انه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات والمطلقات فى دفع احتمال اعتبار شىء فى الاسباب وقدعرفت فى اول هذا الجزء صحته (الرابع) عدم صدق العقد على غير العربى مع التمكن من العربى (وفيه اولا) انه يكفى صدق التجارة و البيع عليه فى نفوذه (وثانيا) ان العقد من مقولة المعنى فمامعنى عدم صدقه على غير العربى وصدقه على العربى - واضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربى (فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار العربية (ويشهد) له مضافا الى ذلك انه لوكان ذلك معتبرا لاشتهر وكان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات فنفس عدم اشتهار ذلك وعدم نقل ورود رواية دالة على ذلك دليل قطعى على عدم الاعتبار مع قيام السيرة عليه (نعم) فى خصوص النكاح ادعى الاجماع على اعتبار العربيـة مع التمكن فان ثبت والا فالعمومات تقتضى عدم اعتبارها فيه ايضا فالاظهر صحته بغير العربى .

(قوله قده وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة الخ) لم يظهر وجه ترتيبه قده هذا البحث على اعتبار العربية بل هذا بحث مستقل وهو انه هل يعتبر عدم اللحن في اللفظ الذي ينشأ به المعاملة ام لا (اقول) اللحن كان في المادة او الهيئة ان كان بنحو لايضر بظهور الكلام عرفا في ارادة المعاملة الخاصة كما لو قال بعتك. بالفتح صح العقد ولايعتبر عدمه للعمومات (نعم) على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب لابد من العقد مع عدم اللحن . لكن عرفت انه بمراحل عن الواقع . وان كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتك بدل زوجتك. اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الانشاء بما يكون مظهراً لتلك المعاملة عرفاً . ولعله الى هذا نظر من فصل بين المثالين . لاما ذكره المصنف ره اذ لازم ماذكره صحة العقد بوزجتك. اذ لامعنى صحيح له سوى التزويج مع انه لاتامل في فساده فالمعيار ماذكرناه .

(قوله قده ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول كالثمن والمثمن الخ) اقول يقع الكلام في موردين (الاول) انه هل يعتبر ذكر العوضين في عقد البيع ام لا (الثاني) انه على فرض اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعربية ام لا (اما الاول) فالظاهر لزوم ذكرهما اذ العوضان في البيع نظير الزوجين في النكاح . اذ المبادلة انما تكون بين المالين ولابد من انشاء هذا المعنى فاذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع ولو كان من قصده تبديل هذا المال بذاك لعدم العبرة بالقصد المجرد في انشاء المعاملات (واما الثاني) فجميع ماذكر في وجه اعتبار العربية في الصيغة تدل على اعتبارها في اجزاء الايجاب والقبول سوى الاولوية . ولكن قد عرفت فساد الجميع فالاظهر عدم اعتبارها فيها.

(قوله قده ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلا الخ) اقول ماذكره ره من اعتبار كون المتكلم عالما بمعنى اللفظ في الجملة مما لاينكر لان استعمال اللفظ في المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى والا فلايعقل ذلك ويكون التلفظ مجرد لقلقة اللسان وليس تكلما بالعربي مثلا ولكن ذلك لا يقتضي اعتبار العلم التفصيلي بالنحو الذي افاده كما لايخفى.

# عدم اعتبار الماضوية

## (قوله قده المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية الخ)

و قد استدل على اعتبار تلك بوجوه (الاول) الاجماع و هو كماترى (الثانى) ما فى المتن و هو ان الماضى صريح فى الانشاء و المستقبل اشبه بالوعد و الامر استدعاء لا ايجـاب (وفيه) انه ان اريد صراحة الماضى فى الانشاء عدم احتياج ظهوره فى الانشاء الى قرينة حالية او مقالية ـ فيرد عليه ـ ان تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء و الاخبار ـ بمعنى ان الموضوع له و المستعمل فيه فى هيئة الصيغة المشتركة بين الانشاء و الاخبار ـ مثل بعت ـ شيء واحد وهى النسبة المتحققة بين المسند و هو الاعتبار النفسانى ـ والمسند اليه و هو المتكلم ـ و انما يفترقان فى الداعى كما حقق فى محله فلابد فى افادتها الانشاء الى القرينة ـ و ان اريد من صراحته عدم كون الماضى المستعمل فى الانشاء من قبيل الكناية او المجاز فهو و ان كان متينا الا ان الفعل المضارع المستعمل فى الانشاء ايضا كذلك ـ فان هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدء فى حال التكلم او بعده ـ فاذا استعملت فى مقام الانشاء فقد استعملت فى ما وضعت له (و ما افاده) المحقق النائينى ره من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم للتحقق لا انه صريح فيه بل لازمه (يرد عليه) ان التلبس عين التحقق لا انه لازمه ـ و ان شئت قلت انها موضوعة للتحقق ايضا و تمام الكلام فى محله (و بما ذكر ناه) يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية ـ نحو ـ انا بايع ـ فى مقام الانشاء ـ فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع الى البايع فيصح استعمالها فى مقام انشاء البيع ـ فظهر ان الحكم فى باب الطلاق بوقوعه بانت طالق ـ ليس على خلاف القاعدة (و اما الامر) فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم ـ و عليه ـ فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية ـ لان انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من

قبیل الاستعمال الکنائی و قد عرفت صحة الانشاء بالکنایة و سیأتی تمام الکلام فی ذلک فی المسألة الاتیة (الثالث) ان قصد الانشاء فی المستقبل خلاف المتعارف (وفیه) ان المتعارف لا یوجب تقیید اطلاق الادلة کما لا یخفی (فالاظهر) صحة الانشاء بغیر الماضی للعمومات و الاطلاقات (ویشهدله) مضافا الیه النصوص (۱) الواردة فی بیع العبد الابق و الجاریة الابقة و بیع المصحف و اللبن فی الضرع و النکاح من الوقوع بفعل المضارع و الامر و حمل جمیعها علی ارادة المقاولة و الوعد و الاستدعاء خلاف الظاهر جدا.

## فی جواز تقدیم القبول علی الایجاب

### (قوله قده الاشهر کما قیل لزوم تقدیم الا یجاب علی القبول الخ)

اقول ــ الاقوال فی المسألة ثلاثة (الاول) و هو الاشهر کما قیل لزوم تقدیم الایجاب علی القبول مطلقا (الثانی) ما عن الشیخ فی کتاب النکاح من المبسوط و المحقق فی الشرایع و العلامة فی التحریر و الشهیدین فی بعض کتبهما و غیرهم فی غیرها وهو جواز التقدیم مطلقا (الثالث) التفصیل بین الصیغ التی ینشأ بها القبول وهو الذی اختاره المصنف ره ــ وربما ینسب الی بعض التفصیل بین البیع و النکاح بجواز التقدیم فی النکاح بلفظ الامر دون البیع لکن الظاهر عدم صحة النسبة (ثم ان) القبول تارة ــ یکون بلفظ قبلت ورضیت ــ و اخری ــ یکون بلفظ الامــر ــ و ثالثة ــ یکون بلفظ اشتریت و ما شابهه ــ فان کان بلفظ قبلت و رضیت فقد استدل علی عدم جواز تقدیمه علی الایجاب بوجوه (الاول) الاجماع ــ و هو کما تری (الثانی) ما فی المتن و حاصله ان القبول فی المعاوضات انما یتضمن لا مرین ــ احدهما ــ الرضا بالایجاب ــ الثانی ــ نقل ماله من حین القبول ــ و هذان الامران متحققان فی القبول المتاخر بای لفظ کان فانه لاحالة منتظرة للنقل سوی لحوقه ــ و کک حاصلان مع القبول المتقدم اذا کان بلفظ اشتریت ــ فانه انشاء لنقل ما له الذی هــو العوض ( و اما ) اذا کان القبول

---

۱ ــ الوسائل ــ باب ۸ و ۱۱ ــ من ابواب عقد البیع ــ و باب ۳۱ من ابواب مایکتسب به

بلفظ قبلت و قدم ذلك . فالاول موجود .. الا ان الثاني غير متحقق .. لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البايع تمليك ماله بازاء مال القابل فهو يكون نقلا من حين تحقق الايجاب من الموجب لا من حين القبول - وبعبارة اخرى - ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب و لازم ذلك عدم تحققه الاحين تحققه من ذلك الغير (وفيه اولا) انه لا يعتبر في القبول نقل ماله الى الغير بل يكفي رضاه بنقل الغير ماله اليه في مقابل تملك ماله بل وظيفة القابل ليست الاذلك - فان البايع انما يعتبر ملكية ماله للمشتري بازاء ملكية ماله لنفسه وهذا الاعتبار النفساني المظهر بالايجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء و الشارع الا مع رضا المشتري بذلك فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لاغير ( و ثانيا ) انه لو سلم اعتبار النقل فيه ايضا .. لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل في الحال ( وثالثا) ان المراد من النقل في الحال ان كان هو النقل في اعتباره فهو ممكن من حين القبول وان قدم لانه فعله الاختياري . وان كان هو النقل في اعتبار العقلاء والشارع فهو مما لا يتصور في الايجاب المتقدم ايضا لفرض عدم النقل عندهم الابعد تمامية العقد (الثالث) ما افاده المحقق النائيني ره . وهو ان هذا اللفظ اي قبلت ظاهر في مطاوعة شيء وانفاذا مر اوجده وهذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الاخر كتفرع الانكسار على الكسر فان مطاوعة الامر المتاخر والانفعال والتاثر من الايجاب فعلا تمتنع عقلا (وفيه) ان المطاوعة الماخوذة في القبول انما هي مطاوعة انشائية لا حقيقية فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب (وان كان) القبول بلفظ الامر - فقد استدل على عدم جواز تقديمه على الايجاب بامور (الاول) ما افاده المصنف ره في قبلت بتقريب انه انما يدل على الرضا بالمعاملة ولا يكون متضمنا لنقل المال في الحال . وقد عرفت ما فيه (الثاني) ماذكره المحقق النائيني ره في الصورة الثالثة - وستعرف تقريبه ومايرد عليه (الثالث) انه يعتبر الماضوية في صيغ العقود (وفيه) ماعرفت من عدم اعتبارها .

(قوله قده واما علی ما قويناه سابقا فی مسألة المعاطاة من ان البیع العرفی الخ) اقول ماذكره قده فی وجه عدم جواز التقديم فی الموردين لاربط له باعتبار اللفظ فی الانشاء بل هو قيد آخر و هو تضمن القبول للنقل الفعلی (وعليه) فلافرق فی هذا المقام بين المسلك المشهور و مسلكه قده ـ و لعله لذلك امر بالتامل.

(وان كان) القبول المقدم بلفظ اشتريت و ابتعت و نحوهما ـ فقد اختار المصنف ره جواز التقديم (واستدل) له بان المعتبر فی القبول امران ـ الرضا بالايجاب ـ و نقل الثمن فی الحال الی البايع ـ وهما متحققان فی اشتريت وشبهه ـ اما الاول فواضح ـ واما الثانی ـ فلانه انشاء ملكيته للمبيع بازاء ماله عوضا ولايعتبر فيه شیء زايدا علی ذلك ـ واورد عليه بامور (الاول) ماافاده المحقق النائينی ره ـ وهو انه يعتبر فی القبول بای لفظ كان مطاوعة الايجاب والانفعال والتأثر منه ـ والاكان غير مرتبط بالايجاب بل هو ايجاب مستقل وتضمنه للمطاوعة يستدعی تاخره عن الايجاب (وفيه اولا) انه لايعتبر فی القبول سوی الرضا بالايجاب ـ وهذا لايمنع عن جواز التقديم كما تقدم ولايلزم منه عدم الارتباط بالايجاب كماهو واضح (وثانيا) ماتقدم من ان المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم وليست كالمطاوعة الحقيقية (الثانی) الاجماع علی اعتبار القبول فی العقد وهو متضمن لمعنی المطاوعة (وفيه) ان المتيقن من الاجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالايجاب (الثالث) ان الاشتراء او الابتياع بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدء فان كان بعنوان اتخاذ المبدء من الغير فهو مطاوعة قصدية وان كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداءاً فيكون من انشاء بيع مال الغير فضولا لا انشاء الملكية قبولا (وفيه اولا) ان المطاوعة الانشائية لاتمنع من التقديم كما تقدم (وثانيا) ان صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائما (الرابع) ماأوجب تردد المصنف ره وهو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة (وفيه) ان التعارف لايوجب تقييد المطلقات وانصرافها (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول مطلقا لاطلاق ادلة امضاء البيع والتجارة والعقود المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة فی موارد مخصوصة المتقدمة

الاشارة اليها .

(قوله قده واما ما لانشاء فى قبوله الا قبلت اومايتضمنه كار تهنت الخ )

ثم انه قده لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم و التاخير فى العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذلا لشىء من عمل او منفعة اوعين او تسليط ـ اراد بيان حكمه فى العقود غير المعاوضية (وحاصل) ماذكره فيها انها على قسمين (منها) مالا يعتبر فى قبوله سوى الرضا بالايجاب و هى العقود الاذنية كالوكالة والعارية وشبههما مما ليس فيه اعطاء واخذ اصلا بل انما يفيد اباحة اوسلطنة على التصرف او الحفظ (ومنها) ما يعتبر فى قبوله عنوان المطاوعة كالرهن و الهبة و القرض و شبهها مما يتضمن اعطاء من طرف واخذ من الاخر والوجه فى اعتباره فى قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن و المتهب والمقترض ليترتب عليها احكامها وتلك العناوين تتحقق بالقبول فيعتبر فى قبولها عنوان المطاوعة ـ وفى القسم الاول لامانع من تقديم القبول لان الرضا يتعلق بالامر المتاخر و فى القسم الثانى لايجوز التقديم اذ المطاوعة و الانفعال بما يوجبه الموجب لاتتحقق قبل الفعل و الايجاب.

اقول يرد عليه قده امور (الاول) ان الفرق بين القسمين بلافارق اذ كما انه رتب الاحكام فى القسم الثانى على المرتهن مثلا ـ كذلك رتبت فى القسم الاول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبههما ـ و هذه العناوين لاتتحقق قبل القبول والمحقق لها هو القبول (الثانى) ان العناوين المشار اليها فى القسمين ليست عناوين قصدية و انما هى تصدق على القابل بعد تحقق العقد و ان لم يكن القابل ملتفتا اليها كعنوان البايع والمشترى (الثالث) ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة فى الوعاء المناسب له قبل الايجاب و اما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه و لم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة فى حال القبول (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول فى القسمين.

(قوله قده و اما المصالحة المشتملة على المعاوضة الخ) محصل ماذكره

ره فیهاان القبول فیها منحصر بلفظ قبلت من جهه ان الالتزامین من المتسالمین متساویان و لذا کان ابتداء الالتزام بهاجائزا من الطرفین فنسبتها الیهما علی حد سواء فان انشأ القبول بلفظ قبلت کان الایجاب معه عقدا و الاکانا ایجابین غیر مرتبطین - فاذالزم کون قبولها بلفظ قبلت لزم تاخیره لما عرفت من ان قبلت اذا قدم لایدل علی النقل فی الحال (اقول) یردعلیه مضافا الی ما تقدم من انه لایعتبر فی القبول سوی الرضا بما انشاه الموجب و انه لایعتبر النقل فی الحال فی القبول - انه فی تحقق عنوان المصالحة کعنوان البیع لایعتبر ازید من کون انشاء التسالم من احد هما - و قبول ذلك من الاخر کان بلفظ قبلت او تصالحت او غیرهما (فتحصل) ان الاظهر جواز تقدیم القبول فی جمیع العقود.

## فی اعتبار الموالات

### (قوله قده و من جملة شروط العقد الموالات بین ایجابه و قبوله الخ)

اقول قد استدل لاعتبار الموالات بوجوه:

الاول - ما عن الشهید ره و حاصله ان کل امرین او امور یجمعها عنوان واحد کالصلاة و الاذان و نحو هما یعتبر فی تحقق ذلك العنوان و انطباقه علیها عدم الفصل بینها بنحو یوجب عدم تحقق الصورة الاتصالیة و صیرورة کل واحد عنوانا مستقلا و من هذا القبیل العقد فانه عبارة عن ربط انشاء احد هما بانشاء الاخر فلو انفصل القبول عن الایجاب بزمان معتدبه عرفا لما صدق علیهما العقد فلایترتب علیهما الاثر المترقب منه (واجاب) عن هذا الوجه المصنف ره بان حکم الملك و اللزوم فی المعاملة لو کان منوطا بصدق العقد کان ماذکرتاماً - و اما لو کان منوطاً بصدق البیع او التجارة عن تراض فلایضره عدم صدق العقد (و اورد) علی هذا الجواب المحقق النائینی ره تأییداً للشهید ره بایرادات (منها) انه لیس البیع و التجارة و الصلح و النکاح الا العقود المتعارفة (و فیه) ان التعارف لا یوجب الانصراف الذی یعتمد علیه فی تقیید اطلاق الادلة کما حقق فی محله و ان ارید به عدم

صدق البيع كما لايصدق العقد عليه فهو بديهي الفساد ـ (ومنها) ان ادلة امضاء البيع والتجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام البيان من جميع الجهات لاسبيل الى التمسك باطلاقها ( وفيه ) انـه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات ولذا بنينا على التمسك باطلاقها لامضاء الاسباب ـ مع ـ ان الشك في كونها في مقام البيان يكفى في الحكم بالاطلاق فتدبر ( ومنها ) انه لايمكن التفكيك بين الصحة واللزوم الابدليل خارجي من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين اوجعلهما لانفسهما اولاجنبي ـو عليه ـ فحيث ان هذه المعاملة اى الايجاب والقبول الذين تخلل الفصل بينهما لا تكون مشمولة لدليل ـ اوفوا بالعقود(١) الذى هو دليل اللزوم ولاجل ذلك لايحكم بلزومها فلابد من البناء على فسادها ايضا (وفيه اولا) قد عرفت ان دليل لزوم البيع لاينحصر به (وثانيا) انه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة واللزوم (وثالثا) انه لوسلم ذلك ـ فليكن دليل الصحة بضميمة عدم الفصل بين الصحة واللزوم كافيا في الحكم باللزوم ـ وعدم شمول دليل اوفوا بالعقود لايدل على عدم لزومه كي يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد فانه يقتضي لزوم كل عقد لاعدم لزوم غير العقد فلايصلح لمعارضة دليل الصحة اذ اللااقتضاء لايعارض المقتضى لشيء (ويمكن) الجواب عن الشهيد ره بوجه آخر ـ وهـو ايراد على المصنف ره ايضا حيث سلم عدم صدق العقد عليـه ـ وهو ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ وهو عبارة عن ربط احد الالتزامين بالاخر باعتبار ورودهما على امر واحد وهو كون احد المالين بازاء الاخر وهذا لا يقتضى الا بقاء الالتزام الاول على حاله وان تخلل زمان طويل (نعم) اذا لم يكن الالتزام الاول باقيا في نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثاني به وهذا ايضا لافرق فيه بين تخلل زمان قصير او طويل ـ فالاظهر عدم تمامية هذا الوجه .

الوجه الثاني ماافاده المحقق النائيني ره وهو ان في العقود المعاوضية خلعا و لبسا او ايجاد علقة فلا بد وان يكون مقارنا للخلع لبس وهكذا مقارنا لايجاد العلقة قبول والاانقع الاضافة او العلقة بلامحل ومضاف اليه (وفيه اولا) النقض بالزمان القصير

١ـ المائدة اية ٢

الفاصل بين الايجاب والقبول قهرا فى جميع الموارد فانه لافرق فى هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل ( وثانيا) ان الخلع فى اعتبار الموجب وان تحقق من حين الايجاب الاان اللبس فى اعتباره ايضا كذلك واما فى اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس الابعد القبول ليس خلع كك فتدبر فانه دقيق .

الوجه الثالث ماافاده المحقق الايروانى ره ـ وهوانه يلزم من الفصل المخل بالموالات ـ عدم تطابق الايجاب والقبول ـ فان الايجاب نقل من حينه فاذا تاخر القبول فاما ان يكون قبولا لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد وذلك باطل اويكون قبولا لبعض مضمونه اعنى النقل من حين تحقق القبول فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول (وفيه) انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق (مع) ان النقل فى اعتبار العقلاء والشارع لايقع الابعد تمامية العقد فى جميع الموارد (فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار الموالات بين الايجاب والقبول .

**(قوله قده وهى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه الخ )** اقول الظاهر ان مراده ان ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشئاً للتنبه على اعتبار الاتصال فى غيره من الموارد المشابهة له ـ ووجه ظهور اعتباره فيه احد امرين (الاول) ماافاده المصنف ره بقوله ويحتمل بعيدا الخ وهو ان المستثنى من الملحقات التى توجب خروج الكلام من الكذب الى الصدق فلابد من اتصاله كى يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره (الثانى) ان كلمة الا ـ بما ان معناها معنى حرفى متقوم بالطرفين فلابد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كى تتحقق تلك النسبة والربط.

**(قوله قده و منه الفورية فى استتابة المرتد الخ)** الظاهر ان مراد الشهيد ره عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة فلو اخرها لم تقبل خلافا لمن قال انها تقبل وان تاب بعد ثلاثة ايام ـ لاماذكره المصنف ره فى تفسير كلام الشهيد و هو عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة .

**( قوله قده و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع الخ )**

يعنى انمادل (١) على اعتبار العدد فى الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم فى الصلاة قبل الركوع على وجه يعد المجموع اى تمام الصلاة فعلالجميعهم .

## فى اعتبار التنجيز

**( قوله قده ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز الخ )**

لايخفى ان المعلق بحسب التصوير العقلى احدامور ثلاثة (الاول) الانشاء (الثانى) المنشأ كالملكية مثلا (الثالث) متعلق المنشأ - كما لو آجر دارا فعلا ليسكن فيه بعد سنة فان المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ اى سكنى الدار والا فالمستاجر يملك فعلا على الموجر منفعة الدار بعد سنة (اما الاول) فالتعليق فيه امر غير معقول - من غير فرق بين ان يكون المراد به آلة الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار النفسانى ( اما الاول ) فلان الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ فى المعنى كان عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ - ام كان عبارة عن ابراز الاعتبار النفسانى باللفظ بداعى تنفيذه - فلا يعقل فيه التعليق (واما الثانى) فلان الاعتبار فعل تكوينى فكما لايعقل التعليق فى وقوع الضرب على احد وكذا غيره من الافعال التكوينية - كك لايعقل التعليق فى الاعتبار - والظاهر ان هذا ليس محل الكلام فى المقام ( واما الثالث ) اى التعليق فى متعلق المنشأ - فهو انما يصح فيما اذاكان من الاعراض والافعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقييد بالزمان اوالزمانى - مثلا منفعة الدار فى هذه السنة غير منفعته فى السنة الاتية فالتعليق فيها امرممكن وواقع لا محذور فيه واما الجواهر كالدار - فلايتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لايتعدد بتعدد الزمان والزمانى مثلا - الدار فى هذه السنة ليست غير الدار فى السنة الاتية فاذا كان متعلق المنشأ جوهرا خارجيا لايعقل التعليق فيه - فان كان هناك تعليق وشرط

---

١ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب صلاة الجمعة وآدابها .

فلابد وان يرجع الى المنشأ. ولعل هذا هو وجه الفرق بين الاجارة والبيع حيث لم يقع الخلاف فى صحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على بطلان التعليق فى البيع وعدم امكان تصحيحه بوجه فمحل الكلام انما هو التعليق فى المنشأ .

و قبل الشروع فى البحث فيه و بيان وجوه المنع . لابد من التنبيه على امر وهو ان ماصرح به المصنف ره فى المقام فى مقام بيان صحة التعليق فى المنشأ بقوله فلاريب فى انه متصور وواقع فى العرف والشرع كثيرا فى الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات ـ ينافى مانسب اليه فى التقريرات فى مبحث الواجب المشروط من امتناعه. وكيف كان فصور التعليق فى المنشأ على ماذكره المصنف ره ثمان ـ الا ان الظاهر انها اثنا عشر (وذلك) لان المعلق عليه ـ ان كان امرا حاليا ـ فتارة يكون معلوم التحقق واخرى يكون مشكوك التحقق ـ وعلى التقديرين فتارة يكون مما له دخل فى صحة العقد واخرى لايكون دخيلافيه ـ وان كان امرا استقباليا فهذه التقادير الاربعة تتصور فيه ـ باضافة ـ انه على اى تقدير ربما يكون القيد ماخوذا فيه على نحو الشرط المتاخر بمعنى انه ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الامر فى المستقبل و ربما يكون بنحو الشرط المقارن بمعنى انه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه .

فان كان المعلق عليه ـ امرا استقباليا مشكوك الحصول ـ ولم يكن صحة العقد متوقفة عليه وكان التعليق بنحو الشرط المقارن ـ فالظاهر انه مورد اتفاق الاصحاب القائلين بمبطلية التعليق ـ فلو كان الاجماع تعبديا كان هو الحجة فى المقام ولادليل عليه سوى ذلك ـ فانه قد استدل للبطلان بغير الاجماع بوجوه (الاول) ماعن جماعة وهو اعتبار الجزم فى العقد وهو مناف للتعليق (وفيه) انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح ـ وان اريد به الجزم بالمنشأ فى نظره اى تحقق الملكية الاعتبارية جزما ـ فهو محل الكلام وان تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتى الكلام فيه

(الثانى) ان الاسباب الشرعية توقيفية لابد فيها من الاقتصار على المتيقن وهو العقد الخالى عن التعليق (وفيه) ان هذا يتم اذا لم يكن هناك عمومات ومطلقات من قبيل احل الله البيع واوفوا بالعقود والمفروض وجودها (الثالث) انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء وهو غير معقول (وفيه) ان هذه شبهة اوردوها على الواجب المشروط وقد اجبنا عنها فى حاشيتنا على الكفاية مفصلا ونقتصر فى المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذى هو ادل دليل على امكانه لاحظ الوصية والنذر والتدبير والواجب المشروط (الرابع) ما عن المحقق النائينى ره وهو انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس فلا يشمل ادلة العقود و العناوين العقد المعلق (و فيه) مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق ـ ان التعليق فى العقد واقع كثيرا كما تقدم (الخامس) ان ظاهر خطاب اوفوا بالعقود(١) كظاهر ساير الخطابات ان الحكم مطلق غير مشروط بشىء فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد ـ وعليه ـ فان التزم بترتب الاثر فعلا قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق ولا سبيل اليه ـ وان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولا لهذا الخطاب فلا دليل على لزوم الوفاء به و ترتيب الاثر عليه (وفيه اولا ) ان العقد ليس هـو اللفظ كما تقدم بل هو ربط احد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالاخر ـ والوفاء به عبارة عن اتمامه ومعنى ذلك فيما اذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله ونقضه لا ترتيب الاثار عليه ومن الواضح انه فى هذا الذى ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز ( وثانيا ) ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود ـ بل هناك ادلة اخر من قبيل احل الله البيع(٢) التى لا يجرى فيها هذا الوجه ولا فرق فى ذلك بين المعلق والمنجز ـ ولا يخفى ـ ان هذا الايراد انما يرد على المستدل لو كان مفـاد احل الله البيع الحلية الوضعية ـ ولا يرد عليه ـ لو كان مفاده الحلية التكليفية فان ما ذكر فى وجه اختصاص اوفوا بالعقود يجرى فيه طابق النعل بالنعل (وبذلك) ظهر

---

١ ـ المائدة الاية ٢

٢ ـ البقرة الاية ٢٧٥

ان المصنف ره حيث التزم فى مبحث المعاطاة ـ بان مفاده الحلية التكليفية ليس له هذا الايراد (كما) ان ايراده عليه ـ بقوله ـ مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا ليس فى محله ـ اذ التخلف مع دليل لا يوجب سلب الظهور المدعى فى الاستدلال ـ اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير ولو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن فتدبر (فتحصل) مما ذكرناه انه ليس فى مقابل العمومات و المطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع .

وفى مقابل هذه الصورة ـ صورتان (احديهما) ما اذا كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما يتوقف صحة العقد عليه (ثانيتهما) ما اذا كان المعلق عليه امراً استقباليا كك مع كون القيد مأخوذا على نحو الشرط المتاخر ـ فانه لا يجرى فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الاجماع بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما .

واما ان كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد ـ او كان امرا استقباليا كك مع كون الشرط بنحو الشرط المتاخر ـ فلا يجرى فيهما شيء من الوجوه المتقدمة سوى ما افاده المحقق النائينى من دعوى الانصراف التى عرفت ما فيها ـ والظاهر انهما غير داخلين فى معقد الاجماع فلا ينبغى التوقف فى عدم البطلان فيهما .

واما ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن فمقتضى الوجه الثانى والثالث و الخامس بطلانه ـ و كك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا يتوقف صحة العقد عليه وقد عرفت عدم تمامية شيء منها ـ واما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما ـ فلا وجه للحكم بالبطلان (وما ذكره) الشهيد ره فى محكى قواعده من الحكم بالبطلان فى الصورتين معللا ـ بان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد (يرد عليه) انه يتم لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية اورواية ـ ولم يحرز كون

الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لا فيما اذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدمة فراجع .

واما ان كان المعلق عليه امراً حاليا مشكوك الحصول ـ او كان استقباليا كك مع كونه بنحو الشرط المقارن او المتاخر كان المعلق عليه مما يتوقف صحة العقد عليه ام لا ـ فالظاهر شمول معقد الاجماع لهما فلاحظ .

## تنبيهات

ثم انه ينبغي التنبيه على امور (الاول) انه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم و اليه يشعر ما في المتن في آخر المسألة (فاذا مست الحاجة الى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلابد من ابرازه بصورة التنجيز) ام يرجع هذا الشرط الى المعنى المقصود بان يعتبر في المعاملة ان لا يكون القصد اليها معلقا على امر ـ كما هو صريح المحقق النائيني ره حيث قال (لا ينحصر التعليق في اداة الشرط بل كل ما كان في معنى التعليق ولو بغير الاداة ) وجهان ـ اقواهما الثاني اذ الظاهر من كلماتهم و معاقد اجماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار اليها المذكورة لبطلان التعليق .
(الثاني) ان القادح انما هو التعليق في العقد ـ فلو كان مترددا في ترتب الاثر على العقد الذي ينشأه شرعا وانه صحيح او فاسد لا كلام في صحته فانه لا يكون هذا الترديد مورثا للتعليق في ما ينشأه ـ اذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعاملة فضلا عن الترديد فيه ـ هذا فيما اذا كان مترددا في تأثيره شرعا ولو كان مترددا في تأثيره عرفا ـ فان كان ما يحتمل دخله في ترتب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة و تحققها كالزوجية بالاضافة الى الطلاق ـ لا محالة يكون ذلك منافيا للتنجيز ـ والا فلا (وبما ذكرناه) ظهر ان ما افاده المصنف ره بقوله .

**و اما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد و ان كان المنشئ الخ )**

تام -وان مراده ماذكرناه-لان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة ( فلايرد عليه) ماافاده السيد فی الحاشية بقوله مقتضى ماذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان فی هذه الصورة ايضافتدبر (الثالث) هل هناك فرق بين الامور التی يتوقف صحه العقدعليها فلامانع من تعليق العقد عليهاو بين مالايتوقف صحة العقدعليه فالتعليق عليه مبطل ام لا- وجهان - قداستدل للاول الشيخ الاكبر فی محكی المبسوط -بان التعليق على مايتوقف صحة العقدعليه ليس الاشرطامايقتضيه اطلاق العقد فاذااقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه -واستدل المحقق النائينی ره له بالانصراف (اقول) هذان الوجهان وان كانا فاسدين-اما الثانی فلماتقدم- واماالاول - فلان المعلق على ذلك الشرط فی الواقع هو ترتب الاثر الشرعی على العقد دون انشاء مدلول الكلام -فالمعلق فی كلام المتكلم غير معلق فی الواقع على شیء كماذكره المصنف ره - الاانه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع فمثل هذه الكلمات توجب الترديدفی شمول معقد الاجماع للتعليق على مايتوقف صحة العقد عليه - فيتعين الرجوع الى المطلقات و العمومات الدالة على الصحة .

## فی اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول

( قوله قده ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول الخ)

اقول ان اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول من القضايا التی قياساتها معهافانه مع عدم التطابق كمالوانشأ احدهما بعنوان البيع وقبل الاخر بعنوان الهبة - لايتحقق العقد فانه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لايكونان مرتبطين و مع عدم الربط لايصدق عليهما عنوان العقد-وان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضابالايجاب بل هو حقيقته فمع عدم كونه قبولا لماانشأه الموجب لما كان قبولا فلايتحقق العقدبل كانا ايقاعين غير مرتبطين (وبالجملة) اعتبار التطابق من الواضحات .

انما الكلام فی تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردها (فان) عدم التطابق فی

بعض الموارد واضح لايحتاج الى بيان . كمالواختلفا فى عنوان المعاملة اوفى اركانها وهى المبيع والثمن فى البيع - مثل مالوباع العبد بمائةدينار وقبل بيع الجارية (كما) انتحقق التطابق فى بعض موارد اخرواضح- كمالواختلفامن حيث اللفظ مع اتحاد المعنى- كان يقول البايع بعتك - فقال قبلت الشراء .

ومحل الخلاف موارد (منها) ماذااوجب البايع مشروطابشرط وقبل القابل البيع بلاشرط (ومنها) ماذااوجب البايع البيع لشخصين فقبل احدهما نصف المبيع بنصف الثمن (ومنها) مالوباع البايع شيئين بثمن معين فقبل القابل احدهمابنصف الثمن (اماالاول) فصريح المصنف ره والمحقق النائينى ره بطلان البيع من جهةعدم المطابقة (اقول) الظاهر هوتحقق التطابق الذى دل الدليل على اعتباره و ذلك لانه لاخلاف بينهم فى ان تخلف الشرط او تعذره او فساده لايوجب بطلان العقدبل يقع صحيحا غاية الامر غير لازم فيستكشف من ذلك ان المعاقدةواقعة على الفاقد للشرط وعليه فالقبول بلاشرط مطابق للايجاب . وان شئت قلت ان الشرط لو كان قيداللمعاملةلزم بطلانها عند تخلفه فالقول بان تخلفه لايوجب البطلان يكون مبتنياً على كونه التزاما فى ضمن التزام بالمعنى الذى سيأتى تحقيقه فى محله -وعليه - فالالتزام البيعى غير معلق على شيء فالقبول بلاشرط مطابق للايجاب ولعله الى هذا يرجع ماذكره بعضهم من ان فساد الشرط اذالم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشترى للشرط الذى تضمنه الايجاب اولى بعدم الاخلال (واما الثانى ) فصريح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا البطلان لعدم التطابق (ولكن) الظاهر الصحة والتطابق وذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة كمايدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان فيمالوقبلا وفسخ احدهما البيع فى المجلس بالقياس الى غير الفاسخ فاذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احدالبيعين والقبول متحققة فلاوجه للبطلان . بل غاية ماهناك ثبوت الخيار للبايع كمالايخفى (وبماذكرناه) ظهر الحال فى الثالث .فان الاظهر الصحة لعين ماذكرناه فى سابقه (وما) افاده المحقق النائينى ره فى المقام من انه لايفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث

الانشاء ثبوت خیار تبعض الصفقة الذی هو اثر العقد الصحیح لانه لابد اولا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخیار فیه فما یترتب علی الصحة لایمکن ان یکون منشأ للصحة (برد علیه) ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقریب المتقدم لاثبوت الخیار فلاحظ و تدبر (فتحصل) مما ذکرناه ان اعتبار المطابقة بین الایجاب و القبول مما لاینبغی انکاره الآن جملة من الموارد التی ذکرها المصنف ره من موارد عدم المطابقة لیست منها بل فیها التطابق متحقق وعلیك بالتامل فی کل مورد ثم الحکم بالصحة او الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه فتدبر .

## فی اعتبار وقوع العقد فی حال یجوز لکل منهما الانشاء

**(قوله قده ومن جملة الشروط فی العقد ان یقع کل من ایجابه وقبوله فی حال یجوز لکل واحد منهما الانشاء الخ )** اقول یقع الکلام فی موضعین الاول ـ فی عدم الاهلیة المانع عن تحقق التعاهد و التعاقد ـ الثانی ـ فی عدم الاهلیة الموجب لعدم کون العقد عن رضا معتبر ( اما الاول ) ففیه اقوال الاول ـ ما اختاره المصنف ره و المحقق النائینی ره و هو اعتبار و اجدیة کل منهما لجمیع القیود المعتبرة فی تحققه فی حال انشاء الآخر ـ الثانی ـ عدم اعتبارها فیهما اختاره المحقق الایروانی ره ـ الثالث ـ اعتبار واجدیة القابل لها فی حال الایجاب و عدم اعتبارها بالنسبة الی الموجب ذهب الیه السیدره فی بعض الفروض ـ الرابع ـ عکس ذلك (اقول) تنقیح القول فی المقام یقتضی التکلم فی موارد ـ الاول ـ فی الایجاب ـ الثانی ـ فی القبول ـ الثالث ـ فیما بینهما.

اما المورد الاول فقد استدل لاعتبار واجدیة القابل لتلك القیود (بان) المعاقدة و المعاهدة لا تتحقق بدونها ـ هذا ما افاده فی المتن (وایده) المحقق الاصفهانی ره بان مناط المعاهدة مع الغیر یقتضی کونهما معا کك فی حال الایجاب و القبول اذ معیة المتعاقدین انما هی معیة شاعر ملتفت الی ما یلتزم للغیر و یلتزم الغیر له و الا فلا ینقدح

القصد الجدی فی نفس العاقل الی المعاهدة مع من هو کالجدار او کالحمار و علمه بالتفاته فیما بعد لایصحح المعاهدة معه فعلا (وفیه اولا) ان عنوان العقد انما ینطبق علی الالتزامین الواردین علی مورد واحد ولیس منطبقا علی الایجاب خاصة و انما شأن الموجب هو الالتزام النفسانی و ابرازه و هو انما یکون باقیا مالم یرفع الید عنه فاذا کان باقیا الی حین القبول و التزم القابل الاهل لذلک حین القبول فقد ارتبط الالتزامان لامحالة و تحقق عنوان العقد (و دعوی) عدم تحقق الالتزام فی نفس الموجب بالنسبة الی من هو کالجدار ـ کما تری اذ العاقل الملتفت الی مالکیة من یفرض کالجدار کیف لا ینقدح فی نفسه القصد الجدی (وثانیا) انه لا ینحصر دلیل النفوذ با وفوا بالعقود.

فالاولی ان یستدل له ـ بانه بعد ما لاریب فی انه یعتبر فی ترتیب العقلاء والشارع الاثر علی الالتزام النفسانی ـ ان یظهره لمن هو طرفه فی المعاملة ـ فاذا کان الطرف غیر قابل للتخاطب فالاظهار له کلا اظهار فلاجل ذلک یعتبر قابلیة القابل للتخاطب حال الایجاب فتدبر فانه دقیق .

واما المورد الثانی فیشهد لاعتبار و اجدیة الموجب لتلک القیود حال القبول الوجه المشار الیه ـ و یمکن ان یقال فی هذا المورد بانه بما ان فی حال القبول یتم العقد و یخرج المال عن ملک کل منهما فلابد و ان یکون الموجب ایضا ممن یکون اهلا لذلک کی یترتب الاثر علی التزامه النفسانی (واما) ما ذکر فی وجهه من عدم تحقق المعاقدة و المعاهدة ـ من جهة انتفاء الالتزام النفسانی بالاغماء والجنون مثلا فلیس هناک التزام من الموجب کی یرتبط بالتزام القابل (فیرد علیه) ان الالتزامات النفسانیة لاتزول بذلک و لذا لاشك لاحد فی ان العهود و الالتزامات لا تبطل بالموت فضلا عن النوم والاغماء ولا فرق بین الموت قبل لحوق القبول و بعده اذ ضم التزام آخر الیها لایوجب بقائها ان کانت تزول بالموت (و بماذکرناه) ظهر الحال فی المورد الثالث و انه لا یعتبر الاهلیة بینهما کما لا یخفی .

و اما الموضع الثانی ففیه ایضا اقوال و ملخص القول فیه ـ انه قد استدل المصنف

ره لاعتبار و اجدیة کل منهما لتلك القیود فی حال انشاء الاخر بعدم تحقق معنی المعاقدة والمعاهدة ح ـ ولعل نظره الشریف الی ما افاده بعض المحققین بان رضاهما بعد ان کان فی نظر الشارع الاقدس کلارضا و المفروض ان رضاهما مما یعتبر فی تحقق مفهوم التعاهد لاجرم کان تعاهدهما فی نظره کالعدم فلایکون عقدهما عقدا معتبرا شرعیا (اقول) ان حقیقة العقد هـی ربط الالتزامین الواردین علی مورد واحد کان ذلك مع رضاهما بذلك او بدونه فالرضا بالعقد لایعتبر فی تحققه ـ و عدمه لایخل به من غیر فرق بین عدم الرضا اصلا او عدم الاعتبار به شرعا ـ وانما هو شرط فی تأثیر انشاء کل منهما نفسه ـ فاعتبار رضا کل منهما حال انشاء الاخر مما لا اصل له ـ ولاجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المکره اذالحقه الرضا انما تکون علی القاعدة (مع) انه لو سلم توقف تحقق العقد علی الرضا الا ان دلیل الصحة لا ینحصر با وفوا بالعقود کما تقدم .

**(قوله قده واما صحة القبول من الموصی له بعد موت الموصی فهو شرط حقیقة الخ)** هذا دفع لما توهم من انه لا کلام فی صحة القبول من الموصی له بعد موت الموصی فیستکشف من ذلك ان موت الموجب لایکون مانعا عن تحقق المعاقدة ( و حاصل) الدفع ان حقیقة الوصیة لیست الاالایصاء و لایعتبر فی تحققها القبول بل هی من الایقاعات و قبولها قبول الوصیة وردها ردها لانه جزء للوصیة ( نعم ) فی الوصیة التملیکیة ـ من جهة ان ادخال المال فی ملك الغیر من دون رضاه مناف لسلطنة الناس علی انفسهم ـ ولیس من شئون السلطنة علی المال السلطنة علی الغیر فلا محالة یتوقف نفوذ التملیك علی الرضا او عدم الرد علی الخلاف الا ان القبول الکاشف عن الرضا او عدم الرد شرط لنفوذ الوصیة لا لانه جزء للعقد ـ وتمام الکلام فی محله .

**(قوله قده والاصل فی جمیع ذلك ان الموجب لو فسخ الخ)** مراده ان الوجه فی الالتفات الی ما ذکرناه مـن اعتبار رضا کل منهما حال انشاء الاخر فی تحقق المعاقدة ـ وضوح فساد الایجاب بفسخ الموجب وعدم رضا القابل به ـ فعلمنا من ذلك مدخلیة رضا کل منهما حال انشاء الاخر فی تحقق معنی المعاقدة (فلا یرد علیه) ما ذکره

المحقق الايروانی ره بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لا اصلها و مأخذها (ولكن) يرد علی المصنف ره ان لغوية الايجاب بفسخ الموجب اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كی يلحقه القبول و يرتبط به و يتحقق عنوان العقد وهذا غير مانحن فيه الذی يكون الالتزام و الايجاب باقيا كما عرفت.

## فی اختلاف المتعاقدين فی شروط الصيغة

**(قوله قده فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا فی شروط الصيغة الخ)** (اقول) يقع الكلام فی موارد (الاول) فی القيود التی ينحصر دليلها بالاجماع (الثانی) فی ما الدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدی الصفات الی فعل الآخر (الثالث) فيما الدليل اعتباره اطلاق مع السراية .

اما الاول فالظاهر صحة العقد كما هی مقتضی العمومات و المطلقات و المتيقن من الاجماع علی اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب و القبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما انشأه ففيه يرجع الی العمومات المقتضية للصحة.

واما المورد الثانی ففيه اقوال - الاول - الصحة مطلقا - الثانی - عدم الصحة كذلك - الثالث - التفصيل بين كون العقد فاسدا فی نظر الجميع بحيث لاقائل بصحته كما لو فرضنا انه لاقائل بنفوذ العقد الفارسی المقدم ايجابه علی قبوله فعدم الصحة وبين غيره فالصحة - وقد ابتنی الشيخ الاعظم ره الاولين علی ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالايجاب بالفارسی من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس - ام هی احكام ظاهرية لايعذر فيها الا من اجتهد او قلد فيها - واورد عليه بوجهين (الاول) ما افاده المحقق الخراسانی ره بان مجرد كونه حكما واقعيا و بمنزلته لايكفی فی الحكم بالصحة بل لابد وان يقيد بما اذا كان كك

حتی فی حق الغیر الذی له مساس بالعقد - فلو کان حکما واقعیا فی حق المنشیء خاصة لم یجد فی الحکم بالصحة بالاضافة الی غیره ( وفیه ) انه بما ان الملکیة من الاحکام المجعولة الوضعیة ومن الاعتباریات لامن الامور الواقعیة - فاذا فرضنا ان الایجاب بالفارسی و ان کان عند القابل مما لامصلحة فی نفسه فی جعل الملکیة بعده الا انه من جهة قیام الامارة عند الموجب تحدث فیه مصلحة بهذا العنوان مقتضیة لذلك فلامحالة للاخر القابل ترتیب الاثر لانه لا کشف خلاف لذلك ولا معنی للقول بان المصلحة انما هی فی حق الموجب خاصة - فالملکیة المجعولة انما تکون له خاصة فتدبر فانه دقیق (الثانی) ما افاده السید فی الحاشیة وتبعه بعض مشایخنا المحققین ره و هو ان ماذکر علی القول بکون الاحکام الظاهریة بمنزلة الواقعیة انما یتم بالنسبة الی مالو کان الحکم المجتهد فیه مع متعلقه موضوعا لحکم الاخر - کما لو کان رأیه جواز النکاح بالفارسی فزوج امرأة بالعقد الفارسی فانه یکون العقد صحیحا عنده فلا یجوز لغیره الذی یری اعتبار العربیة تزویج تلك المرأة - ولاینفع بالنسبة الی ماذا کان المتعلق معروضا لحکمه ولحکم غیره فی عرض واحد - کما لو ذکی الذبح بغیر الحدید - فانه لا یجوز لمن یری اعتبار کونه بالحدید الا کل من تلك الذبیحة (والسرفیه) ان ذلك بعنوانه المجتهد فیه لیس موضوعا لحکم غیره فلا یجوز لغیره المخالف له فی الرأی الاکل منه - ومانحن فیه من قبیل الثانی - لان البیع فعل واحد تشریکی بمعنی انه قائم بطرفین ویجب علی کل من المتبایعین ایجاد عقد البیع ولا یجوز لواحد منهما الاکل الا بعد ذلك - و بالجملة - الصحة لاحد الطرفین لیست موضوعا لحکم الطرف الاخر بل لابد من احراز کل منهما صحة مجموع السبب (وفیه) ان هذا فی الصحة الفعلیة واما الصحة التاهلیة - فهی انما تکون لکل من الایجاب والقبول مستقلا وهی فی الایجاب مثلا تکون موضوعا لحکم القابل فتدبر - فما افاده المصنف ره متین .

واما المورد الثالث فقد افاد المصنف ره ان العقد باطل حتی علی القول بکون

الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية والفرق بينه وبين المورد الثانى انه فى ذلك المورد لايوجب سراية تلك الصفة الى فعل الاخر والمفروض صحته من المعتقد فى نظر الاخر ـ و هذا بخلاف هذا المورد فان تلك الصفة تسرى الى فعل الاخر اذا انشأ الموجب العقد معلقا و القابل ان قبل مطلقا لزم عدم التطابق بين الايجاب والقبول وان قبل معلقا كان فعله فى نظره فاقدا للوصف المعتبر فى العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه ـ و ملخص القول ـ ان فساد احد الجزئين لايسرى الى الاخر على هذا المسلك ولكن منشأ الفساد يسرى اليه و يوجب ذلك فساده .

(قوله قده و الترتيب الخ) و قد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التى تسرى الى فعل الاخر اذا القابل اذا قدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه ـ فيلزم منه تاخر الايجاب والمفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعده (ولكن) يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الايجاب وعدم جواز تقديم القبول عنده قده عدم كون القبول نقلا فى الحال وهذه الخصوصية لاتسرى الى الايجاب فهو من قبيل الاول لا الثانى .

(قوله قده فتأمل) لعله اشارة الى ان الموالات انما تكون شرطا لصحة القبول لا الايجاب اذ لا معنى لصحة الايجاب الا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواجد للشرائط لاثر وهو مع فقد الموالات كذلك فالموالات من قبيل الترتيب لا التنجيز .

## فى المقبوض بالعقد الفاسد

(قوله قده لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه الخ)

اقول ان محل الكلام فى المقام انما هو فرض التلف واما فى صورة الاتلاف فلااظن توهم الخلاف فى الضمان من جهة قاعدة من اتلف (ثم ان) الكلام انما يقع فى مقامين الاول ـ فى الحكم التكليفى ـ الثانى ـ فى الحكم الوضعى .

اما الاول فان کان المالك المسلط للمشتری علی ماله۔ راضیا بالفعل فی التصرف فی ماله حتی مع فساد العقد کمالو علم بالفساد وسلطه علیه کذلك ـ فلا اشکال فی جواز التصرف وان لم یکن راضیا بالرضا الفعلی ولکن کان راضیا بالرضا التقدیری بمعنی انه لو کان عالماً بالفساد وان المال ماله کان راضیاً بالتصرف فیه ـ جاز التصرف بناءاً علی کفایة الرضا التقدیری فی حلیة التصرف ـ والا ـ فلایجوز لما دل(۱) علی انه لایحل مال امرء مسلم الاعن طیب نفسه (ودعوی) ان فساد المعاملة لایوجب زوال الاذن والرضا بالتصرف الذی کان فی ضمن العقد لان الجنس لایتقوم بفصل خاص (فاسدة) فان الرضا من قبیل مایکون مابه اشتراکه عین ما به امتیازه ـ فاذا لم یترتب علی الرضا الموجود فی ضمن المعاملة اثر ـ و المفروض انه لیس هناك رضا آخر فلامورد للقول بالجواز.

و اما الثانی فقد مرفی التنبیه الثامن من تنبیهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة و ما یرد علیه ـ و انما الکلام فی المقام فی انه مع عدم حصول الملك هل یکون ضامنا لو تلف ام لا ـ المشهور بین الاصحاب هو الاول و عن غیر واحد دعوی الاجماع علیه.

و استدل له فی المتن بوجهین (الاول) النبوی المشهور (۲) علی الید مااخذت حتی تؤدی و هو وان کان ضعیف السند الا انه لاعتماد الاصحاب علیه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة فی سنده و انما المهم دفع ماورد علی الاستدلال به ـ وهوانما یکون امرین (الاول) ان کلمة (علی) ظاهرة فی الحکم التکلیفی ـ من جهة ان ظاهر کلمة (علی) هو الاستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل فی التکلیف اقرب الی المعنی الحقیقی مما یتصور بالنسبة الی الوضع و یمکن الجواب عنه بوجوه (منها) ان حمله

---

۱ ـ راجع الوسائل ـ باب ۳ ـ من ابواب مکان المصلی والمستدرك ج ۱ ص۲۱۲ و فروع الکافی ج ۱ ـ ص ۴۲۶ ـ و الاحتجاج ص ۲۶۷

۲ ـ سنن بیهقی ج ۶ ـ ص ۹۰ ـ وکنز العمال ج ۵ ـ ص ۲۵۷ الرقم ۵۱۹۷

على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا و يقدر يجب و نحوه بخلاف مالو حمل الحديث على الوضع كما لايخفى وهو خلاف الظاهر (ومنها) انه يستدعى تقدير فعل من الافعال من قبيل رده اوحفظه و هذا التقدير ايضا خلاف الظاهر (ومنها) ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية -اذ يكون مفاده ح انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد فتكون الغاية تحديدا للموضوع و هو بعيد في الغاية ولايناسب ايضا ارادة دفع البدل اذ مع امكان الغاية لايجب دفع البدل-ومع عدم امكانها لاغاية كي يفي بها - فالمتعين حمل الحديث على الوضع (ثم) الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كماهو صريح المتن المنسوب الى المشهور - ام هو بمعنى دخول الماخوذ في العهدة وللعهدة آثار تكليفية و وضعية من حفظه واداته مع التمكن واداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا العظام - و جهان اقواهما الثاني - لان ماقبل الغاية من جهة كونه مغيى بالاداء لابدوان يكون امراً ثابتا فعليا مستمرا الى ان يتحقق الاداء وهذا ينطبق على الوجه الثاني - و اما على الوجه الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء مالم يتلف . (الايراد الثاني) ما عن المحقق النائيني ره و هو ان الاخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر و الغلبة كما تشهد به موارد استعماله-لاحظ قوله تعالى (١) وكذلك اخذ ربك اذا اخذ القرى و قوله (٢) ولا خذنامنه باليمين ثم لقطعنامنه الوتين و قوله تعالى (٣) فاخذناهم اخذ عزيز مقتدر، و غير ذلك من موارد استعماله - و عليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقي و تسليط المالك ماله للمشترى (وفيه) ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر و غلبة ام لم يكن و استعماله في غير موارد الاخذ بالغلبة و القهر كثير لاحظ قوله تعالى (٤) خذ العفو و قوله عزاسمه (٥) خذ من اموالهم صدقة و قوله (ع) (٦) خذها فاني اليك معتذر

---

١ - هود الاية ١٠٢ ٢ - الحاقة الاية ٤٦ ٣ - القمر الاية ٤٢

٤ - الاعراف الاية ١٩٩ ٥ - التوبة الاية ١٠٣

و غير ذلك من الموارد (فتحصل) ان الحديث يدل على الضمان فى مطلق الموارد.

**(قوله قده و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير الخ)**

و يرد عليه انه يتم على القول باستقلال الاحكام الوضعية فى الجعل و اما بناءاً على مسلكه قده من انها منتزعة من الاحكام التكليفية فى مواردها فلا يتم كما لا يخفى

و ما ذكره بعض مشايخنا العظام ـ بقوله و يمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو اريد من الجملة الانشاء و الجعل و اما لو اريد منه الاخبار بالتعهد و ان الاخذ متعهد بما اخذه و انه يثبت عليه و يتوجه اليه تمام ما فى الماخوذ من التكلفات و الخسارات المتوجهة طبعا الى مالكه فلا يلزم شیء ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف (يرد عليه) مضافا الى كونه خلاف الظاهر اذ الظاهر من الجملة كونها فى مقام الانشاء لا الاخبار ـ ان الامر الانتزاعی يتبع منشأ انتزاعه فعلا و تقديراً فاذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه (واما) ما افاده فى رسالة الاستصحاب بما حاصله ان ضمان الصغير حكم وضعی ينتزع من الخطاب المتوجه اليه بعد صيرورته بالغا بان يغرم ما اتلفه فى حال صغره (فيرد عليه) ان فعلية الامر الانتزاعی مع كون منشأ انتزاعه امرا استقباليا لا تعقل.

(الوجه الثانی) الرواية(١) الشريفة الواردة فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری ـ الدالة ـ على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة بدعوى انها تدل على ضمان المنفعة التی لم يستوفها المشتری فتدل بالاولوية على ضمان العين فی صورة التلف ـ وجه الاولوية ـ ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان فاذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتاصلة اولی بذلك (وفيه) انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرئة و كان اللقاح من الرجل ـ اوقيل بان الولد ينعقد رقا ويصير حرا بالولادة يكون ذلك اتلافا حقيقة والضمان فی صورة الاتلاف مما لا كلام فيه واما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل وانه ينعقد رقا فمن حيث اخذ الولد منها حرا وان كان لا اتلاف ولا استيفاء

١ ـ الوسائل ـ باب ٨٨ ـ من ابواب نكاح العبيد والاماء ـ حديث ٣

للمنفعة الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ماوضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم ولا اقل من كونه اتلافا فانها كانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته وعليه فاذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبدا محضا وتم استدلال المصنف ره به واما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك - فلا يتم ولا يبعد دعوى ظهوره فى الثانى ولا اقل من الاجمال (فتحصل) انه لايصح الاستدلال به من جهتين - ثم انه فى مورد الخبر لابد من البناء على اشتغال ذمة المشترى بالوطء ايضا فانه منفعة استوفاها عن ملك الغير فتدبر.

## فى قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده

**(قوله قده ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الخ)** اقول التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث على اليد - اقتضاء كل يد للضمان - بيان ماخرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا او تخصصا (و عليه) فلا يرد عليه ماذكره بعضهم من ان هذه القاعدة اصلا وعكسا لم ترد مورد رواية ولا معقد اجماع كى تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة اصلا فى التكلم فيها (ثم ان) الكلام فى المقام يقع فى جهات.

الاولى فى معنى الضمان (فعن) بعض الاساطين تفسيره - بكون تلفه عليه وانه يتلف مملوكا له (وفيه) انه لادليل ولا وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف فى يده الابناءاً على القول بكون اداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية وستعرف مافى المبنى (مع) ان الانسان لايكون ضامنا لامواله التالفة ولايكون ذلك خسارة عليه وان كان خسارة منه (وفى المتن) تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته ودركه فى ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه - ويرد عليه (اولا) انه هذا لايناسب معنى الضمان الذى هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة والمتفاهم العرفى (وثانيا) ان لازم هذا المعنى عدم فعلية الضمان قبل التلف فى العقود الفاسدة

(وثالثاً) ان الثابت فی العقود الصحیحة التملیك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض فلیس عنوان الدرك والتدارك فی الصحیح (ورابعاً) ان التلف لادخل له فی الضمان فی الصحیح وانما تمام الموضوع فیه هو العقد (فالحق) فی معنی الضمان ـ ان یقال : ان المراد به فی الجملتین هو المراد به فی سایر موارد استعماله بل سایر موارد استعمال مشتقاته ـ وهو التعهد المالی ـ ففی العقود الصحیحة یکون هذا المعنی ای تعهد کل منهما مال صاحبه بتسبیب من المتعاقدین مع امضاء الشارع وفی العقود الفاسدة یکون ذلك بجعل من الشارع فالضمان فی الجملتین ارید به التعهد المالی.

(قوله قده وثالثة بازاء اقل الامرین الخ) وقد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعویض قبل دفع العوض ـ اقول ـ فی المسألة اقوال (الاول) عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان اختاره العلامة وولده علی مانسب الیهما (الثانی) ماعن جماعة وهو تعین دفع المسمی (الثالث) ماعن المسالك واختاره المصنف ره وهو وجوب اقل الامرین من المسمی والعوض الواقعی للعین (وجه الاول) انه فی الهبة المعوضة لایجب علی المتهب دفع العوض غایة الامر مع بقاء العین للواهب الرجوع اذالم یدفع المتهب العوض ـ ففی صورة التلف لایجب علیه شیء لاالعوض المسمی کماهو واضح ـ ولاالواقعی لفرض انه هبة صحیحة (ووجه الثانی) عموم مادل(۱) علی لزوم الوفاء بالعقد ـ غایة الامر انه فی صورة وجود العین یکون المتهب مخیرا بین ردها ودفع المسمی ـ فاذا تعذر الاول للتلف تعین الثانی (ووجه الثالث) ان المتهب قبل التلف مخیر بین دفع المشترط ورد العین واذاتلف یکون هذا الخیار باقیالانه اذا تعذر دفع العین یقوم بدلها مقامها فی الطرفیة للتخییر ـ فیکون فی فرض التلف مخیرا بین دفع المشترط والعوض الواقعی فالواجب علیه ای مالابدمنه هو دفع اقل الامرین وتمام الکلام فی هذه المسألة موکول الی محله .

(قوله قده اذیکفی فی تحقق فرض الفساد بقاء کل من العوضین علی ملك

---

۱ـ المائدة الایة ۲

**مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الاخر للعوضية نظير المعاطاة الخ )**

( و فيه ) ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضية كل منهما للاخر مطلقا لاعدم امضائه لهافي زمان خاص اومع عدم الشرط المخصوص (و عليه) فتعين كل منهما للعوضية عند تلف احدهما مناقض لفرض الفساد وانمايلتزم بذلك في المعاطاة لماعرفت من انها صحيحة ممضاة غاية الامر تكون مشروطة بشرط وهو تلف احدهما فضمانه بالمسمى يخرجه من فرض الفساد .

الجهة الثانية في ان عموم العقود هل هو- انواعي - او اصنافي - ام افرادي (اقول) ظاهر العموم وان كان هو الاخير كماهو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلو اداة العموم - كقوله (ع) كل شيء طاهر - او كل مسكر حرام وماشابههما - الاان ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين في ماهو الموضوع لهذا الحكم - ولو حمل العام على الافرادي تعين حمل الصحيح على الفرض و التقدير فيقال ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به فكك في هذا الفرض و هو خلاف الظاهر (فما) احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا (ضعيف) فيدور الامر بين كونه -انواعيا -او اصنافيا-والاظهر هو الثاني اذلو كان انواعيا حيث انه قد يتفق في نوع واحد مايضمن بصحيحه ومالايضمن به- كالعارية فان في عارية الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما - و كالصلح فانه ربما يكون معاوضيا و ربما لايكون كك فلايفيد سوى الابراء والتمليك المجاني - فالجامع بين القسمين لامحالة لايكون موجبا للضمان - فلابد من البناء على عدم الضمان في الافراد الفاسدة منه مطلقا وهو ممالايمكن الالتزام به - وان شئت قلت - انه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد مايضمن بصحيحه - اوما لايضمن به -وبعبارة ثالثة-ان ظاهر الجملة - اتحاد القسمين في جميع مايعتبر في الضمان و عدمه الافي الجهة الموجبة للفساد فيتعين كون العموم اصنافيا .

**(قوله قده ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه فلو**

اقتضاه الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح الخ) اورد عليه السيد ره بان العقد مع الشرط ومجردا عنه صنفان متغايران و بعد ارادة الصنف من مدخول كل لايبقى اشكال فى ان المراد اعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه او بضميمة الشرط (اقول) ان الشرط تارة يكون مؤثرا فى اقتضاء العقد للضمان ـ وبعبارة اخرى يوجب ضمان متعلق العقد ـ كمافى العارية المضمونة فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان واخرى لايكون كك بل يوجب الضمان فى غير متعلق العقد كما لو استأجر اجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقلنا بصحة هذا الشرط فان متعلق العقد هو المنفعة دون العين ففى الاول يتم ماذكره المحشى ولايتم فى الثانى كمالايخفى .

( قوله قده اوباع بلا ثمن الخ ) الظاهر عدم معقولية البيع بلاثمن فان حقيقة البيع متقومة بالثمن كماتقدم فى اول الكتاب وسيأتى الكلام فى هذا الفرع عند ذكر مدرك القاعدة .

الجهة الثالثة فى بيان معنى الباء فى بصحيحه و بفاسده (اقول) محتملات الباء فى المقام ثلاثة ـ السببية التامة ـ السببية الناقصة ـ الظرفية ـ لاسبيل الى الالتزام بالاول ـ لانه ربمالايوجب العقد الصحيح الضمان الابعد القبض كمافى باب الصرف والسلم ـ فيكون القبض جزء العلة ـ واماالثانى ـ فالالتزام به فى بصحيحه و ان كان لابأس به الاانه لايتم فى بفاسده ـ اذفى العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد ـ وقدذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان (الاول) ان العقد منشأ وسبب للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان فهو سبب للسبب (و فيه) ان سبب السبب وان كان سببا الاان ذلك فيمااذا كانت السببية فى الموردين من سنخ واحد تكوينية اوتشريعية ـ واما اذا كانت فى احدهما تكوينية وفى الاخر تشريعية فلايصح هذا الاطلاق كمالايخفى و المقام كك فان سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان ـ وان شئت قلت ـ ان الظاهر من هذه الجملة ان السببية المترقبة من هذه القاعدة هى الشرعية لاالخارجية ( الثانى ) ان العقد الفاسد سبب

الحكم بالضمان بشرط القبض (و فيه) ان الموجب للضمان هو القبض - و السببية المشار اليها من قبيل الوصف بحال المتعلق - فعلى هذا بما ان الظاهر بقرينة وحدة السياق ارادة شيء واحد من كلمة الباء - فيتعين حملها على ارادة الظرفية - كما فى قوله تعالى (١) و لقد نصركم الله ببدر وقوله (٢) ونجيناهم بسحر. وغير ذلك من الاستعمالات .

## مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(قوله قده ثم ان المدرك لهذه الكلية على ماذكره فى المسالك الخ)

وقد ذكر فى مدرك هذه القاعدة وجوه (الاول) الاجماع (وفيه) انه لو تم الاجماع حيث انه غير تعبدى لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به (الثانى) اقدام الاخذ على الضمان وهو وان دخل على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى لكنه اذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل او القيمة. واورد عليه المصنف ره بايرادات (منها) انه ربما يكون الاقدام موجوداً و لاضمان كما قبل القبض ( و فيه ) ان الضمان فى الصحيح ضمان بالمسمى وهو متحقق قبل القبض وانما يكون التلف من مال بايعه لما دل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف او من جهة الشرط الارتكازى الضمنى و هو ضمان البايع لو تلف المال قبل قبضه وعلى اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود (و منها ) انه ربما لا يكون الا قدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما اذا قال بعتك بلا ثمن و كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البايع اذ اتلف فى يد المشترى (و لكن يرد ) على النقض الاول - ان المنشأ لهذا البيع لايتمكن من قصد حقيقة البيع - الا بان يقصد ذلك بقوله بعتك وقوله بلا ثمن يكون اسقاطا للعوض وابراءاً لذمة المشترى - فان قوام البيع وحقيقته انما يكون بجعل المال بازاء الثمن فيكون هذا الكلام من الاغلاط وذكر المتناقضين - وان قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد اقدم على الضمان - وان قصد به التمليك فهو هبة اذ التمليك بلا عوض هو الهبة و

---

١- آل عمران آية ١١٩ -٢- القمر آية ٣٥

عليه - فان صح انشاء عقد بالالفاظ الموضوعة لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة - و الافالفاسدة - فعلى جميع التقادير لايصح هذا النقض (و يرد) على الثانى ان الاقدام على الضمان المعاوضى موجود و كك الضمان غاية الامرهناك شرط لضمان البايع المبيع (ومنها) انهما انما اقدما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ومطلق الضمان لايبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى (واورد) عليه المحقق الخراسانى ره على مانسب اليه بانهما انما اقدما على اصل الضمان فى ضمن الاقدام على ضمان خاص والشارع انما لم يمض الضمان الخاص لا اصله (وفيه) ان الاقدام الموضوع للاثر هو الاقدام القصدى لا القهرى ومعلوم ان ماتراضيا عليه وقصداه هو الضمان بشيء خاص وهذا لاينحل الى التراضى بمطلق الضمان - وكونه بشيء خاص فلايكون الاقدام على الضمان بالمسمى اقداما على مطلق الضمـان (فالاولى) ان يورد على المصنف بان ماذكره اخص من المدعى اذربما يكون المسمى مقداراً كليا منطبقاً على القيمة الواقعية - وربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية - وفى هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذى يحكم بثبوته (ومنها) انه لادليل على سببية الاقدام للضمان - وهذا هو الحق فى الجواب عن هذا الدليل .

الثالث خبر (١) على اليد المتقدم - وقد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة - و دلالته على الضمان ظاهرة (واورد) عليه بان مورده مختص بالاعيان ولايشمل المنافع والاعمال المضمونة فى الاجارة الفاسدة (اقول) وجه الاختصاص امران ( احدهما ) ماافاده المصنف فى الامر الثالث - وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (وفيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارحة الخاصة والالزم عدم شمول الخبر لجملة من الاعيان كالدار والعقار - فلا محالة يكون الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء و التعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازماغالبياله والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة

١ - سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ وكنز العمال ج٥ - ص٢٥٧ .

الى المنافع اذالاستيلاء على المنفعة انمايتحقق بالاستيلاء على العين وانلم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة فان المنفعة هى قابلية العين للركوب وللسكنى مثلا وهذه القابلية من مراتب وجود العين والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها ومراتب وجودها ومنها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ماافاده المحقق الاصفهانى ره وهو عدم صدق التأدية فى المنافع فانظاهر قوله حتى تؤدى كون عهدة المأخوذ باداء نفس الماخوذ ـ والمنافع لتدرجها فى الوجود لااداء لها بعد اخذها فى حدذاتها (ولايمكن) دفعه بان المنفعة وان كانت تدريجى الوجود الاانها واحدة وجوداً فيصدق الاخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والاداء بـاداء طرفه الاخر ـ لان المقصود اثبات ضمان المنافع وهذا التقريب يوجب عدم الضمان بعدرد العين كمالايخفى (كماانه) لايفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان الماخوذ غير المؤدى اذالظاهر منه ماكان من شانه ان يؤدى بعد اخذه (وفيه) ان الغاية فى الخبر ليست اداءشخص ما اخذ والابقى الضمان فى صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص بل المراد منها اعم من اداء الشخص واداء العوض ـ غاية الامر يكون بنحو الطولية فاذاكانت العين موجودة لايرتفع الضمان الاباداء شخصها وفى صورة التلف يرتفع باداء عوضها ـ والمنافع وانلم يمكن ردها الاانه يمكن ردعوضها ـ هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال انه وان اختص مورد الخبر بالاعيان ولايشمل المنافع الاان اخذ العين له احكام منها ضمان منافعها فتدبر (فتحصل) ان الاظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع .

الرابع قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله (ع) (١) لايحل مال امرء مسلم الاعن طيب نفسه وقوله (ص) (٢) حرمة ماله كحرمة دمه . وقوله (٣) لايصلح ذهاب حق احد

١ـ بمضمونه اخبار ـ فى الوسائل باب ٣ ـ من ابواب مكان المصلى ـ والمستدرك ج١ ص٢١٢ ـ وفروع الكافى ج١ ـ ص ٢٢٦ ـ والاحتجاج ص٢٦٧

٢ ـ الوسائل ـ باب ٣ ـ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

٣ـ الوسائل ـ باب ٤٠ ـ من ابواب كتاب الشهادات حديث ١و٢

(وتقريب) دلالة حديث لايحل - ان الحلال هو ما لاتبعة له - فاذا نسب الى الفعل كان معناه انه لايعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية واذا نسب الى المال كما فى المقام كان معناه مالاخسارة من قبله فمعنى لايحل فى المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعة و خسارة وعوض (وفيه اولا) انظاهر هذا التركيب فى نفسه ارادة الحلية التكليفية ويقدر التصرف كما فى نظائر المقام - كقوله تعالى(١) حرمت عليكم امهاتكم - وقوله عزوجل(٢) احل لكم الطيبات وغيرهما (وثانيا) ان حمل الحلية على الوضعية لايلائم مع حرف المجاوزة فى قوله الاعن طيب نفسه فان ظاهره صدور شيء عن الطيب فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا (وثالثا) ان الحديث لودل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التى استوفيت ولا يدل على الضمان فى المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الاجير بالاجارة الفاسدة من دون تسبيب من المستأجر فانها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف (و رابعا) انه لايشمل عمل الحر بناءاً على ماتقدم منه فى اول كتاب البيع من التامل فى صدق المال عليه (واما) حديث حرمة ماله كحرمة دمه (فتقريب) الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الى المال - وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال - واحترامه كك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بتداركها - فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه فرعاية ماليته رده اورد عوضه لو تلف (وفيه اولا) ان ظاهر الخبر ولو بقرينة السياق ارادة الحرمة التكليفية منه - فان قبله هكذا (سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمه من معصية الله) فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة دمه شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر (وثانيا) انه ايضا لايشمل المنافع غير المستوفاة و العمل الصادر من الاجير غير العائد نفعه الى المستأجر (وثالثا) ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته وهى لاتقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه

---

١ـ النساء الاية ٢٣

٢ـ المائدة الاية ٤ـ و ـ ٥

لاتداركه لو تلف (ورابعا) انه لايشمل عمل الحر بناءاً على عدم كونه مالا (واما) حديث لايصلح ذهاب حق احد فهو لايدل علـى الضمان لان الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام ـ والحكم لايصلح لاثبات موضوعه .

الخامس قاعدة نفي الضرر بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضرري على المالك فينتفي لحديث (١) نفي الضرر فيحكم بالضمان (اقول) بعد تسليم مبنيين الذين بنى عليهما المصنف ره في محله وعليهما يبتني الاستدلال في المقام ـ احدهما ـ ان المنفي بحديث لاضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة بل كل ماهو من الاسلام وجوديا كان اوعدميا ـ ثانيهما ـ ان مدلول حديث لاضرر نفي الحكم الناشي من قبله الضرر كان الضرر ناشئاً من متعلقه ـ ام كان ناشئا من نفسه كلزوم البيع الغبني (انه) لايصح الاستدلال به في المقام من جهة ان حديث لاضرر انما يدل على نفي الحكم الناشي من قبله الضرر وان الضرر يكون منفيا في عالم التشريع ولايدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي ـ فلو تضرر احد في تجارته مثلا لايجب على المسلمين تدارك ضرره وهذا من الوضوح بمكان ـ وفي المقام ـ اذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر فالحديث لايثبت ذلك (مع) ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به ولا اتلافه فليكن سد ضرره من بيت مال المسلمين ـ فالاظهر ان قاعدة نفي الضرر ايضا لاتفي باثبات المطلب ـ فالعمدة حديث اليد ـ وهو انما يختص بالاعيان والمنافع ـ ولايشمل مثل عمل الحر كما لايخفى .

**(قوله قده ثم انه لافرق فيما ذكرناه من الضمان الخ)** الصور المتصورة اربع ـ علمهما بالفساد ـ وجهلهما به ـ وعلم الدافع مع جهل القابض ـ و العكس

١ ـ الوسائل باب ١٢ ـ و ٧ من ابواب كتاب احياء الموات وباب ٥ ـ من ابواب كتاب الشفعة وباب ١ ـ من ابواب موانع الارث وغيرها من كتب الحديث .

والاشكال انماهو فى صورتين منها ـ وهما ـ علم الدافع وجهل القابض ـ وعلمهما به ـ وفى الصورة الا ولى منهما اشكال آخر مختص بها (اما الاشكال) المشترك فهو ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لامحالة يكون دفعه تسليطاً مجانيا وامانة مالكية ـ (وفيه) انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذى بنى عليه تشريعاً ـ و بعبارة اخرى بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث فى المقام و اما اذا سلطه مجاناً فلا كلام فى عدم الضمان ( واما الاشكال) المختص فهو ان الدافع اذا كان عالما بالفساد والقابض جاهلا به ـ لامحالة يكون الدافع غارا و القابض مغروراً فلا يكون ضامنا لقاعدة الغرور (و فيه) ان القابض انما قبضه لامجانا بل مع العوض واقدم على ذلك فلايكون مغروراً.

(قوله قده باطلاق النص الخ) المراد به حديث على اليد ـ ثم انه اجاب عن اشكال مقدر ـ وهوانه قدخرج عن عمومه اليد الامانية المنطبقة على المقام ـ بقوله و تسليط الدافع العالم لايجعلها امانة مالكية لانه دفعه على انه ملك المدفوع اليه.

## فى قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(قوله قده واما عكسها وهو ان مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده الخ)

اقول يقع الكلام فى مواضع (الاول) ان الكلام فى مواد القضية هو ما تقدم فى اصل القضية الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظة الباء فى هذه القاعدة انها لو كانت للسببية ـ لم تجد هذه القضية للحكم بعدم الضمان فى شىء من الموارد اذهى انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان و لاينا فى ذلك اقتضاء اليد او غيرها للضمان فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثانى فى مدرك هذه القاعدة ـ فعن الشيخ فى المبسوط الاستدلال لها (بان) الضمان لابد و ان يكون لاقدام الاخذ ـ اولحكم الشارع به ـ والعقد الصحيح الذى ليس فيه اقدام على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفاسد منه ايضاً كك ـ فانه

لیس فیه اقدام ـ و لاحکم للشارع فیه ـ اما الاول فواضح ـ واما الثانی فلان حکمه به مع عدم التعبد الشرعی الخاص به لابدوان یکون من جهة امضاء مایقتضی الضمان المفقود فی المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع (اقول) هذا الاستدلال مبنی علی مسلکه فی الضمان فی فاسد العقود التی یضمن بصحیحها ـ من التمسک بقاعدة الاقدام ـ و اما بناءاً علی کون المدرک حدیث علی الید فهذا الاستدلال اجنبی عن المقام

ثم ان ظاهر کلام شیخ الطائفة ـ هو الاستدلال باشتراک العلة الموجبة لعدم الضمان بین الصحیح و الفاسد ـ و قوله فکیف بفاسده ارید به التعجب اذ مع وحدة العلة کیف یختلف المعلول ـ لابالاولوية کما فهمه الشیخ الاعظم ره (ثم انه) علی فرض ارادته الاولوية ـ مراده اولوية الفاسد بعدم الضمان من صحیحه ـ لا اولوية فاسد مالا یضمن بصحیحه من فاسد ما یضمن بصحیحه کما هو ظاهر توجیه المصنف ره .

ثم ان الشیخ الاعظم ره استدل علی عدم الضمان فی غیر التملیک بلاعوض اعنی الهبة ـ فی مقابل الید المقتضیة له (بعموم) مادل علی (١) ان من استأمنه المالک علی ماله غیر ضامن بل لیس له ان یتهمه ـ و حاصله ـ ان حقیقة الاستیمان المالکی هی التسلیط عن الرضا مجانا الموجود فی فاسد العقود التی لایضمن بصحیحها . و استدل له فی الهبة (بفحوی) مادل علی (٢) خروج صورة الاستیمان فان استیمان المالک لغیره علی ملکه اذا اقتضی عدم ضمانه له اقتضی التسلیط المطلق علیه مجانا عدم ضمانه بطریق اولی ـ و لمن تاخر عنه فی کل من الموردین کلام . اما المورد الاول (فاورد) علیه المحقق الایروانی بان تسلیط المالک ان وقع بزعم صحة المعاملة و مقیدا بها ثم ظهر عدم الصحة لم یکن هناک واقعا تسلیط منه فکانت الید باقیة تحت عموم علی الید القاضیة بالضمان (وفیه) ان حقیقة الاستیمان کما عرفت هی التسلیط عن الرضا ـ و حیث ان دفع ما وقع علیه العقد فی هذه الموارد لیس عن اللابدية

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب کتاب الودیعة

٢ ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب کتاب العاریة

فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الـرضا و ان وقع بـاعتقاد صحة المعاملة .
و اما المورد الثاني فقد(اورد) عليه المحقق الخراسـاني بـان الاولوية انما تكون فيما اذا لم يكن هناك اتلاف و الا فالضمان ثابت في الاصل مع انه في المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا (اقول) الظاهر ان مراد المصنف ره انه في الاصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونة و المالك سلطها عن الرضا غاية الامر بماانه في تلك الموارد لااذن ولارضافي التصرف المتلف فيلحق ذلك التصرف حكمه ـ وهذابخلاف الهبة فانه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه ـ ووجه الاولوية انه في تلك الموارد انمايكون هو التسليط عن الرضا وفي الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها بالموهوب لـه (فتحصل) ان ماافاده المصنف ره حق لاريب فيه (ويمكن) ان يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لايضمن بصحيحه ـ بوجهين آخرين (احدهما) السيرة العقلائية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسليط المجاني ـ وهي تخصص قاعدة اليد ـ ولاتصلح هي ان تكون رادعة عنها بعمومها كما حقق في الاصول (الثاني) انصراف حديث على اليد المستندة الى التسليط المجاني ولعل وجهه ان قاعدة اليد انماتكون عقلائية ممضاة شرعا لاتعبدية صرفة وهي انما تكون لاجل احترام المال ولاريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا ـ فاذاً لاينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة (نعم) يختص ذلك بمااذا كان التسليط المشار اليه باقياالى حين التلف او الاتلاف ـ فلو وهب مالـه لذي رحمه بهبة فاسدة و اعتقد صحتهـا و لـم يكن راضيابيقاء الموهوب تحت يده ولايسترده لاعتقادلزومها لااشكال في الضمان في صورة التلف والاتلاف لعموم قاعدتي اليد والاتلاف وعدم المخصص.

## في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة اصلا وعكسا فيها .

منها ضمان العين المستأجرة ـ فان الاجارة الصحيحة لاتوجب ضمانها مع ان فاسدها يوجب الضمان (اقول) الكلام فيه يقع فى موردين ( الاول ) فى انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا (الثانى) فى انه هل الضمان ثابت ام لا .

اما الاول فقد افاد المصنف ره فى وجه عدم كونه نقضا (بان) المراد بالمضمون مورد العقد ومورده فى الاجارة المنفعة والعين فى حكمها يرجع الى القواعد ـ فاذا اقتضت ضمانها لايكون ذلك نقضا لها (واورد عليه) المحقق الخراسانى ره بان حقيقة الاجارة جعل العين فى الكراء و ملك المنفعة لازمها الغالبى والا فربما تقتضى ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضى ملك لبنها ـ فمورد عقد الاجارة هو العين لا المنفعة (ولكن) يمكن دفعه ـ بان كون مورد العقد هو العين او المنفعة اجنبى عما هو الميزان والملاك للقاعدة ـ فان الضابط هو ان العقد الصحيح اذا اوجب الضمان المعاوضى ففى الفاسد منه ضمان الغرامة واذا لم يكن فى صحيحه الضمان من ناحية العقد ففى فاسده ايضا لاضمان والاجارة انما توجب الضمان بالاضافة الى المنفعة وان كان مورد العقد العين ولا نظر لها الى العين و لاتكون مقتضية بالقياس اليها اثباتا ونفيا ـ وعليه ـ فما افاده المصنف ره متين .

و اما المورد الثانى فقد اختلف كلماتهم فيه ـ و ملخص القول فيه ـ انه فى الموارد التى لايتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لايتوقف استيفاء المنفعة منها وهى الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق لايكون ضمان اذ بعد ما الاملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا فتكون العين امانة مالكية ـ لما تقدم من ان حقيقة الاستيمان المالكى التسليط عن الرضا ـ واما فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة فيها متوقفا على التسليط فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال فى عدم الضمان ايضا من جهة الامانة المالكية ـ و ان لم يكن باقيا فيمكن ان

يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين ـ لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان ومع هذا التبانى واسقاط المالك احترام ماله لاتكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافـه عن هذه الموارد ـ فاذاً لادليل على الضمان والاصل عدمه ـ بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك ـ فالاظهر عدم الضمان على جميع التقادير ـ وقد استدل على الضمان بوجهين ذكرهما المصنف ره فى المتن (الاول) ان دفع الموجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه و المفروض عدم الاستحقاق فيده يد عدوان موجبة للضمان (وفيه) ماعرفت من انه فى بعض الموارد يكون يده يـد امانية لاعدوانية ـ وفى بعضها الاخر لاتقتضى الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء ـ وبذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثانى وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد فتدبر .

و منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناءاً على فساد العارية فان المنسوب اليهم ضمان المحرم بالقيمة مع ان صحيح العارية لايضمن به (اقول) لابد اولا من الاشارة الاجمالية الى حكم المسألة ـ ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة ام لا .

اما الجهة الاولى فمجمل القول فيها ـ انه ان قلنا بعدم حرمة امساك الصيد للمحرم وان المحرم هو حدوث ذلك لا ابقائه ـ فلا اشكال فى صحة العارية و عـدم الضمان الا مع الاتلاف ـ والا ـ فبناءاً على وجوب رده الى مالكه تقديما لحق المخلوق على حق الخالق اومـع الفداء جمعا بين الحقين ـ فلا وجه للضمان لان العارية بنفسها لاتقتضيه من جهة الاستيمان المالكى والمفروض عدم وجوب الارسال فلا يتوهم الضمان من ناحيته ـ واما ان قلنا بوجوب الارسال ـ فلا كلام فى الضمان و كذا بعد الارسال اذا عد تلفا عرفا (واما قبله) فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الارسال ـ واستدل له بوجهين ( الاول ) ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية والالزم التصرف فى مال الغير من غير اذنه ـ فيشمله مادل على ان من اتلف مال

الغير فهو له ضامن ـ اذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين واتلاف ملكيتها مع بقائها. فتكون القيمة ثابتة من حين العارية ـ ولعله الى هذا نظر المصنف ره حيث قال ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف (اقول) في كل من الصغرى والكبرى نظر (اما الاولى) فلان التمسك باصالة العموم انما هو فيما اذا احرز الفردية للعام وشك في شمول حكمه له كما لو علم عالمية زيد وشك في وجوب اكرامه ـ فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه ـ. واما لو احرز الحكم وشك في فرديته للعام كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد وشك في انه عالم فيكون عموم اكرام العلماء مخصصا ـ او غير عالم فليس هناك تخصيص فلا مجال للتمسك باصالة العموم والحكم بعدم الفردية كما حقق في محله ـ والتمسك بعموم مادل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام انما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى فلا مورد للتمسك به (مع) انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر وهو مادل على ان اختيار المال بيد مالكه وانه مسلط عليه. وهذا ينافي مع خروجه عن ملكه قهراً (مضافا) الى ان لازم هذا انه لو عصى ورده المحرم الى مالكه يكون الضمان باقيا مع ان الاصحاب افتوا ببرائة ذمته في هذا الفرض (واضف) الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معا ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح (واما الثانية) فلان الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان واما اتلاف الملكية وازالة العلقة فلم يدل دليل على انه موجب للضمان (الوجه الثاني) ان من اسباب الضمان الحيلولة بين المال ومالكه وهي ـ كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا. وفي المقام على تقدير وجوب الارسال لا يتمكن المستعير من رده اليه شرعا ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان (وفيه) ان المالك متمكن عقلا وشرعا من الاسترداد وانما لا يتمكن المستعير من الرد وهذا ليس. مورداً للقاعدة (مع) ان دفع بدل الحيلولة انما هو من احكام العين المضمونة ولا يكون عدم التمكن من الاداء بنفسه من المضمنات ومعلوم ان يد

المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان ـ مضافا ـ الى ان المالك مع علمه بنفسه دخيل فى ذلك فلا وجه لضمان المستعير ـ وهناك وجوه اخر بينة الفساد ـ فالاظهر عدم الضمان قبل الارسال كما عن العلامة ره وغيره .

واما الجهة الثانية فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام ـ وان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الاتلاف فعدم ورود النقض واضح فانه انما يصح النقض اذا حكم به مع صدق التلف دون الاتلاف اذ فى صورة الاتلاف فى صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا فتدبر .

ومنها ضمان المنافع غير المستوفاة فى البيع الفاسد مع انها غير مضمونة فى البيع الصحيح ـ هكذا ذكر المصنف ره هذا النقض ـ و لكن يرد عليه (اولا) ما سيأتى منه قده من نقل الاقوال الخمسة فى ضمان المنافع التى لم يستوفها المشترى فى الامر الثالث فليس الحكم بالضمان مسلما (وثانيا) ان التخصيص بغير المستوفاة لاوجه له فان المستوفاة ايضا مضمون بها فى الفاسد دون الصحيح (لايقال) ان وجه الضمان فيها انما هو الاتلاف ومورد القاعدة هو التلف (فانه يقال) انه لافرق بينهما فان الاتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاة ايضا بامساك العين ـ و كيف كان فالكلام فى المقام انما هو فى انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة املا (والمصنف ره) سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة فى العقد الصحيح لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة (واورد عليه) السيد قده بان المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة فى القيمة وزيادة الثمن وهذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونة (وفيه) ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين وان كان على عالم الصورة لم يندفع الاشكال بذلك ـ وان شئت قلت ـ انه لاريب فى ان المال فى البيع ليس بازاء المنفعة وان كانت هى الداعية لجعل المال فى مقابل العين ولذا لو فسخ البيع و كان المشترى مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن ولايلاحظ شيء منه فى قبال المنفعة وعليه فلايتم هذا الجواب و

(الصحيح) فى وجه عدم ورود النقض ان يقال ان حكم المنفعة فى البيع حكم العين فى الاجارة و هى لكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لايكون نقضاً على القاعدة ( مع ) انه ستعرف انه يمكن ان يقال ان القاعدة انما هى فى مورد التلف و المنافع التى يحكم بضمانها انما هى فى صورة الاتلاف من جهة امساك العين .

ومنها حمل المبيع فاسد افانه غير مضمون فى الصحيح مع انه مضمون فى البيع الفاسد (والمصنف) ره اجـاب عنه بانه يمكن ان يكون القول بالضمان فى صورة الاشتراط اى جعل الحمل جزءاً من المبيع ـ وح لانقض على القاعدة فان فى صحيحه ايضا الضمان (اقول) انه لانقض على القاعدة وان قيل بالضمان فى صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة والعقد بالنسبة اليه لااقتضاء (ثم ان) الاظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل و كونه امانة مالكية فلايشمله حديث على اليد كما تقدم وتمام الكلام فى محله.

ومنها الشركة الفاسدة بناءاً على انه لايجوز التصرف بها . فانهم حكموا بضمان مااخذه احد الشريكين عدوانا (وفيه) ان عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كى يقال انه فى صورة الفساد لايجوز فيكون المتصرف ضامنا بل هو انما يكون فى صورة الاذن فى التصرف وعليه فلافرق بين الصحيح والفاسد فى عدم الضمان اذلو اقتضى الاذن عدم الضمان فى الصحيح اقتضاه فى الفاسد ايضا .

**( قوله قده و عن الدروس توجيه كلام العلامة الـخ )** اى ماافاده ره فى التذكرة من الحكم بالضمان .

**(قوله قده فان قلت ان الفاسد وان لم يكن له دخل الخ)** لايخفى ان هذا الايراد هو بعينه ماافاده بعنوان الخدشة على الاولوية فلاحظ وتدبر .

# يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فورا

**(قوله قده الثانى من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد الخ)** اقول الكلام فى هذا الامر يقع فى جهات .

الاولى فى مدرك وجوب الرد وقد استدل له - بوجوه (الاول) الاجماع ( وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه (الثانى) التوقيع المروى عن الاحتجاج(١) لا يجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه - بتقريب ان الامساك ولو آنا ما تصرف فى مال الغير بلا رضا منه فلا يجوز فيجب الرد (واورد عليه) بان التصرف من الصرف فالمراد به التقليب والتقلب ولا يصدق ذلك على مجرد الامساك والظاهر من الكتاب تردد المصنف ره فى تمامية هذا الايراد (ولكن ) عدم تمامية الاستدلال به واضح اذ ولو كان الامساك تصرفا لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد - الا بناءاً على مقدمية ترك الضد لوجود ضده (والمراد بالضدين فى المقام ما يعم المتماثلين اى ما لا يجتمعان) ووجوب نقيض الحرام فانه ح يكون الرد ضدا للامساك فاذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمة وهو الامساك واذا حرم الترك وجب الفعل وفى كلتا المقدمتين نظر بل منع و عليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد (الثالث) موثق (٢) سماعة عن الصادق عليه السلام فى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (اقول) لا يرد على هذا الحديث الايراد الاول على الخبر المتقدم حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا اذنه - الا ان الاشكال الثانى يرد عليه (لا يقال ) ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر فى وجوب الرد (فانه يقال) ان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل .

---

١- الاحتجاج ص ٢٦٧ - عن الاسدى العمرى عنه (ع)

٢- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١

فالحق ان يستدل له بانه المستفاد من النصوص المتفرقة ـ ففى (١) صحيح البزنطى الوارد فى اللقطة وان جائك طالب لا تتهمه رده عليه .. وفى (٢) صدره فى الطير الذى يعرف صاحبه ـ قال عليه السلام اذا عرف صاحبه رده اليه وغير ذلك من النصوص فان المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الاية الشريفة (٣) الواردة فى الامانات ( ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) وتسالم الاصحاب على هذا الحكم ـ وجوب رد مال الغير الى صاحبه .

الثانية فى معنى الرد والاداء وانه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية بينه وبين ماله ـ ام هو حمله اليه واقباضه منه .. ام كل من الامرين مصداق للاداء والرد ـ ام يكون ذلك فى الامانة بالتخلية وفى غيرها بالاقباض من المالك ـ كما لعله المشهور (اقول) الاظهر هو الاخير فان حقيقة الرد والاداء ايصال الشىء الى محله ـ وح اذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخلية بينه وبين مالكه لان بها يخلع الامين نفسه عن السلطنة عليه ويدخله تحت سلطنة المالك ويوصل الشىء الى محله واما محل المال خارجا فهو كل مكان رضى به المالك او الشارع الاقدس وحيث ان وجود المال خارجا عند الامين انما يكون برضا المالك او باذن من ولى امره اى الشارع الاقدس فلا يكون فى غير محله كى يكون مكلفا بالرد الخارجى ـ واما اذا كان المال مغصوبا فادائه ورده انما يكون بالاقباض منه اذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير محله فلا بد من ايصاله الى محله ـ كذلك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله فلا بد من ايصاله اليه بالاقباض منه (وبما ذكرناه) ظهر انه لو نقل الامين الوديعة من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ وبدون اذن مالكه و الشارع يجب ردها الى بلد الايداع .

الجهة الثالثة فى انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الامانة فيكفى

---

١ ـ ٢ ـ الوسائل ـ باب ١٥ ـ من ابواب كتاب اللقطة حديث ١

٣ ـ النساء ، الاية ٥٨

فی رده التخلیة ام یکون من قبل المغصوب فیجب الاقباض . والاظهر هو الاول. وذلك فی العقود الجائزة واضح لانه مع عدم کون المالك ملزما بالدفع لامحالة یکون دفعه للمال عن الرضا وقدمران الاستیمان المالکی هو التسلیط عن الرضا واما فی العقود اللازمة فلانه حین اقدامه علی العقد المقتضی للدفع لامحـالة کان راضیا بالدفع والتسلیط و الظاهر بقائه علی حاله نوعا الی مابعد العقد وهذا هو الوجه فی کون یده امانیة فلایرد علیه ماذکره المصنف ره بقوله انه انما ملکه ایاه عوضا فاذا انتفت صفة العوضیة الخ اذ الوجه فی کونه استیمانا هو الاذن الخارجی لاالاذن العقدی (وبماذکرناه) ظهر انه یمکن ان یقال ان النزاع فی المقام صغروی اذ من یقول بجواز التصرف یقول بذلك فیما اذا احرز رضا المالك بالتصرف فی ماله ولو کان رضا تقدیریا. ومن یقول بالعدم فانما هو فی غیر هذه الصورة فتدبر .

الجهة الرابعة فی انه اذا توقف الرد علی المؤونة فهل یجب بذلها علی المشتری من جهة انه لایتم الرد الا به ـ ام لایجب لقوله ﷺ لاضرر (١) ام هنـاك تفصیل بین المؤونة القلیلة والکثیرة فیجب البذل فی الاولی ولایجب فی الثانیة من جهة عدم صدق الضرر علی بذل القلیلة بخلاف بذل المؤونة الکثیرة کما هو الظاهر من المتن فی بادی النظر .. ام یفصل بین مااذا کانت المؤونة بمقدار مایقتضیه طبعا رد مال الغیر فهو علی القابض وان کانت زایدة علیه فلایجب بذلها کما هو محتمل المتن وصریح المحقق النائینی ره وجوه (اقواها الاخیر) وذلك لانه اذا کانت المؤونة بمقدار مایقتضیه طبعا رد المال لامحالة یکون دلیل وجوب الرد اخص من حدیث لاضرر فیخصص به. وان کانت زایدة علیه کان مقتضی حدیث لاضرر عدم وجوب البذل.

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب کتاب احیاء الموات ـ و غیره من الابواب المتقدم الیها الاشارة .

# فى ضمان المنافع المستوفاة

**(قوله قده الثالث انه لو كان للعين المتباعة منفعة استوفاها المشترى قبل الرد الخ)** الكلام فى هذا الامر يقع فى مقامين -الاول -فى المنافع المستوفاة-الثانى فى المنافع غير المستوفاة (اما الاول) فالكلام فيه يقع فى موردين - احدهما - فى الدليل على الضمان-ثانيهما-فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الاول فيمكن ان يستدل له بوجوه (الاول) عموم (١) على اليد - بناءاً على ماتقدم من ان اليدعلى المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان - وان الحديث يدل على الضمان (الثانى) الرواية (٢) الواردة فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعدان اولدها المشترى الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة بالتقريب المتقدم فى اول هذا المبحث (الثالث )صحيح( ٣) ابى ولاد الاتى الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة نعم هذان الوجهان لايصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كماستعرف ( الرابع ) قاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة فى موارد خاصة و جملة منها (٤) موارد العقود الاستيمانية كالمضاربة و الرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط وجملة منها فى غيرها -- مثل ماورد(٥) فى القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام فهو ضامن او غرمه بماجنت به يده - وغيره - ( و دعوى ) عدم صدق المال على المنفعة قدمر

---

١ - سنن بيهقى ج٦-ص٩٠ -وكنز العمال ج٥ ص٢٥٧

٢ - الوسائل- باب ٨٨ -من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث٣

٣ - الوسائل -- باب ٧ - من ابواب كتاب الغصب - و باب ١٧ -من ابواب كتاب الاجارة حديث١ .

٤- الوسائل- باب١ -من ابواب كتاب المضاربة -وباب٧ -من ابواب كتاب الرهن

٥-الوسائل- باب٢٩ -من ابواب كتاب الاجارة

جوابها فی اول الکتاب ( ثم انه ) قد استدل له بوجوه أخر ـ (منها ) قاعدة احترام مال المسلم ( و منهـا ) قاعدة نفـی الضرر و قد تقدم انه لا یمکن اثبات الضمان بهذه الوجوه .

و اما المورد الثانی فقد استدل علی عدم الضمان بالنبوی المرسل(١)(الخراج بالضمان ) ـ بتقریب انه یدل علی ان من ضمن شیئا و تقبله لنفسه فخراجه ای منافعه له مجاناً ( اقول) تنقیح القول فی النبوی بعد تسلیم قوة سنده لعمل قـدماء اصحابنا به ـ مع انه محل نظر ـ فانه و ان استدل شیخ الطائفة به فی جملة من الموارد فی محکی المبسوط ـ و العلامة ره فی باب الغصب من کتاب التذکرة الا ان هـذا المقدار لا یکفی فی جبر ضعف السند ـ و بعد تسلیم ان ماذکره العلامة ره من اختصاص النبوی بالبیع انما هو اجتهاد منه فـی تطبیقه علی البیع ان فیـه احتمالات ( احدها ) ان المراد بالضمان المعنی الاسم المصدری و کونه بمعنی التعهد المالی فیکون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعین و ان کان ضمانه قهرا علیه کما فهمه ابوحنیفة (ثانیها) ان المراد بالضمان هو المعنی المصدری ای احداث الضمان امضاه الشارع ام لا فیکون مفاده ان المنافع لمن اقدم علی الضمان فیشمل العقود المعاوضیة صحیحة کانت ام فاسدة ولا یشمل موارد عدم اقدام الشخص علی الضمان ـ وهو الذی فهمه ابن حمزة وجعله مدرکا لعدم ضمان المنافع فی المقبوض بالعقد الفاسد(ثالثها) ان المراد بالضمان المعنی المصدری مع امضاء الشارع له ـ فیختص الخبر بالعقود المعاوضیة الصحیحة والظاهر انه الذی فهمه المشهور منه (رابعها) ان المراد به کون تلف العین مملوکة للشخص یعنی ان المنافع تکون لمن کانت العین ملکه بحیث لو تلفت تلفت من ملکه و هو الذی فهمه شیخ الطائفة من الخبر ـ فیکون مفاده تبعیة ملکیة المنافع لملکیة العین فیکون اجنبیا عن المقام (خامسها) ان المراد بالضمان احد المعانی الثلاثة

---

١ ـ راجع صحیح الترمذی ج٥ ص٢٨٥ ـ وسنن ابی داود ج٢ ص٢٥٥ والمبسوط کتاب البیوع فصل الخراج بالضمان.

الاولة ولكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا العين ـ فيكون مفاده ان المنافع تملك بلا ملك للعين ويـدل على صحة الأجارة ( سادسها ) ان المراد بضمان الارض والمراد بالخراج الضريبة المعينة للاراضى الخراجية ـ فيكون مفاده ان الخراج يثبت فى عهدة ضامن الارض ومتقبلها (سابعها) ان المراد به ضمان التكفل ـ فيكون مفاده ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين فى كفالة مالكها بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه (اما) الاحتمال الاخير ـ فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها فى كفالته ـ مع ـ انه يختص الخبر ح بمثل الحيوان ولا يشمل غيره (واما) الاحتمال السادس ـ فهو خلاف اطلاقه فان حذف المتعلق يفيد العموم (واما) الاحتمال الرابع فقد مر مافيه ـ فى بيان المراد من قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده (واما) الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابى ولاد الاتى الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين (واما) الاحتمال الثانى فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان (مع) انه يلزم منه ح ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم (مع) انه يلزم منه انه لو ضمن بشىء فى ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه فيدور الامر بين الثالث ـ والخامس ( والاظهر ) هو الاول فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشىء عليه التى هى الداعية اليه ـ ومعلوم ان الداعى للاقدام على الضمان فى العقود المعاوضية هى المنافع ـ ومع الاغماض عن ماذكرناه ـ لاجمال الخبر لا يستند اليه فى الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفـاة .

**(قوله قده وربما ينتقض ماذكرنا فى معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث انه الخ )** ويمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره المصنفـ ره فى معنى الخبر وفاقا للمشهور وقويناه هو ثبوته فى الذمة دون كون العين فى العهدة ومعلوم ان هذا المعنى لا يكون فى العارية المضمونة ويختص بالعقود المعاوضية الصحيحة (مع) انه فى العارية المضمونة ايضا كك فانه لا فرق بين تملك المنفعة والانتفاع فان

معنى كون الخراج له ـ انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة او الانتفاع ولعل الامـر بالتامل فى الكتاب اشارة الى ذلك .

# فى حكم المنافع غير المستوفاة

**( قوله قده واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الخ)**

هذا هو المقام الثانى من البحث ـ والكلام فى هذا المقام ايضا يقع فى موردين ـ الاول فى دليل الضمان ـ الثانى فيما استدل به على عدم الضمان .

اما المورد الاول فيدل على الضمان حديث على اليد بناءاً على ماتقدم فى بيان مدرك قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع ( ويشهد له ايضا قاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا (وعن) المحقق الخراسانى ره الاستدلال له ـ بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها (اقول) ان اريد بذلك انه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد ـ وان اريد به ماذكره المحقق الايروانى ره من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لايكون الا بادائها بمنافعها و فروعها ـ فيرد عليه ـ انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدى شمول الحديث للعين فى ضمانها فان الغاية اداء نفس مـا يكون تحت اليد لاشىء آخر ـ و ان اريد به غير ذلك فعليه البيان .

و اما المورد الثانى فقد استدل لعدم الضمان بوجوه . ( الاول ) ان مقتضى قاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ذلك ـ فان المنافع لاتضمن فى العقد الصحيح فكك فى فاسده (وفيه اولا) ماتقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف ولاتشمل صورة الاتلاف وقد عرفت صدق الاتلاف على تلف المنافع ( وثانيا ) ان مقتضى قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ـ ضمان المنافع فى الاجارة الفاسدة

وبضميمة عدم الفصل بين البيع والاجارة يثبت الضمان فى المقام (وثالثا) ماتقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه والقاعدة اصلا وعكسا مختصة بما هو مصب العقد (الثانى) ان البايع فى صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشترى على المنافع مجانا (وفيه) ان البايع لانظر له الى المنافع وانما يسلط المشترى على العين اذ ليس متعلق العقد المنفعة وانما هو العين مع ان هذا لايختص بغير المستوفاة كما لايخفى.

(الثالث) قوله عليه السلام (١) فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشترى يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته - بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة وساكت عن ضمان غيرها فى مقام البيان (وفيه) ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة و انه يكون الولد حرا وعليه قيمته ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الاخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما (والغريب) ان المصنف ره فى اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية و جعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة - وفى المقام جعلها من المستوفاة وقد تقدم ماهو الحق عندنا (الرابع) صحيح محمد بن قيس (٢) الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه قال عليه السلام خذ وليدتك وابنها. بتقريب انه ساكت عن المنافع الفائتة و هو وان ورد فيما اذا كانت العين لغير البايع الا انه يدل على حكم المقام بالاولوية - ويرد عليه - ما اوردناه على سابقه (الخامس) صحيح (٣) ابى ولاد الاتى الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها - واذا ثبت عدم الضمان فى المغصوب ثبت فى المقام بالاولوية (وفيه) انه لايتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة فانه وان كان يتصور له منفعة اخرى - الا انها تضاد مع ما استوفاه - وبعبارة اخرى - كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل - وحيث - انه استوفى واحدة منها ولم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة

---

١ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

٢ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد والاماء - حديث ١

٣ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

کان علیه ضمان تلك المنفعة خاصة (مع) انه ﷺ فی هذا الصحیح فی مقام الرد علی ابی حنیفة وبیان ان علیه کری البغل ولیس فی مقام بیان احکام اخر (فتحصل) مما ذکرناه ان الاظهر هو الضمان .

**(قوله قده فیتحصل من ذلك کله ان الاقوال فی ضمان المنافع الغیر المستوفاة خمسة الخ)** - اقول - لایخفی ما فی عد التوقف فی الحکم مطلقا - اومع العلم بالفساد من الاقوال فی المسألة - فالاقوال ثلاثة .

**( قوله قده و علی هذا فالقول بالضمان لایخلو عن قوة الخ )**

لایخفی انه قده حکم بالضمان اولا - ثم بعدمه - ثم توقف فی حکم المسألة - ثم قوی الضمان واورد علیه السید فی الحاشیة بانه ان لم یتم ما ذکر وجها للضمان - لما صح القول به لاجل الاجماعین المنقولین بعد عدم حجیة الاجماع المنقول وعدم معلومیة الشمول للمقام فتدبر .

# فی المثلی والقیمی

**( قوله قده الرابع اذا تلف المبیع فان کان مثلیا وجب مثله الخ )**

اقول الکلام فی هذا الامر یقع فی مواضع - الاول - فی تعریف المثلی و القیمی - الثانی - فی انه لو شك فی مورد فی انه یجب رد المثل او القیمة مقتضی الاصول العملیة ردایهما - الثالث - فیما تقتضیه الادلة الاجتهادیة .. وقبل الشروع فی الکلام فی هذه المواضع لابد من التنبیه علی امر .

وهو انه لم یقع لفظا المثلی والقیمی فی شیء من الروایات (نعم) المشهور بین الاصحاب انه لو تلف شیء تحت ید غیر المالك الذی لایکون ماذونا فیه - یجب رد مثله ان کان من المثلیات ورد قیمته ان کان من القیمیات - بل ادعی علیه الاجماع (وحیث) ان المثلی و القیمی لیسا من المفاهیم الواضحة المصادیق و اختلفت کلماتهم فیهما فی جملة من الموارد ( فقد وقع ) الخلاف فی انه هل یرجع الی العرف فی تفسیرهما ولایتبع

تفسير العلماء وان اتفقوا على امر مخالف لماهو المتفاهم عند العرف ام لابد من البناء على المثلية فى خصوص ماإذا اتفقت كلماتهم على كون شيء كك ولايرجع فى ذلك الى العرف ـ ام لااعتبار بالعرف ـ ولاباتفاق العلماء بل يرجع فى كل مورد الى مايفهم من اطلاقات ادلة الضمان (ومنشأ) هذا الخلاف ان الاجماع على ضمان المثلى بالمثل والقيمى بالقيمة هل هو من قبيل الاجماع على القاعدة ويكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم (ع) متعلقا بهذين العنوانين ـ ام هو من قبيل الاجماع على الحكم فى الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين ـ ام هو من قبيل الاجماع على تفسير الاطلاقات الواردة فى الضمان وليس من قبيل الاجماع على القاعدة ولامن قبيل الاجماع على الحكم (اذ) على الاول لابد من الرجوع فى تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن فى العناوين المأخوذة فى متون النصوص ولاعبرة بتفسير الفقهاء ـ وعلى الثانى ـ لابد من الاخذ بما اتفق عليه المجمعون ولاعبرة بنظر العرف و فهمهم كماهو واضح ـ و على الثالث ـ لاعبرة بشيء منهما ـ وحيث انه لم يثبت كون الاجماع فى المقام من اى قسم من هذه الاقسام فلادليل لكون العبرة بنظر العرف ولابتفسير الفقهاء ـ وعليه فيتعين الرجوع الى الادلة وستعرف مقتضاها ـ فلااثر للنزاع فى ان المثلى ماهو وكيف كان فقد عرفت انه يقع الكلام فى مواضع .

الاول فى تعريف المثلى والقيمى ـ فعن المشهور تفسير المثلى ـ بانه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة ـ و المراد من الاجزاء الجزئيات و الافراد والمراد من التساوى التساوى من غير جهة الكم ـ فمحصل المراد ان المثلى ماله مماثل فى الصورة والصفات التى تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم ـ واظن ان ( ما ) عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته (وما) عن الدروس والروضة من انه المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات (وما) عن بعضهم من انه مايجوز بيعه سلما (وماعن) آخر مايجوز بيع بعضه ببعض ـ ايضا ترجع الى هذا المعنى و لا اختلاف بينهم بحسب المراد ـ و قد او رد على هذا التعريف بايرادات (الاول) انه ان

اريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من الموارد اذ ما من مثلي الا واجزائه مختلفة في القيمة كالحنطة فان قفيزا من حنطة تساوي عشرة ومن اخرى تساوي عشرين - و ان اريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب و الارض (وفيه) ان الميزان وجود المماثل له كان الجامع بينهما هو الصنف او النوع او الجنس - ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثليا - وهذا هو مراد كل من جعلها مثلية (الثاني) انه ان اريد تساوي الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك في اكثر القيميات (وفيه) ان المراد هو الاول و عرفت ان المراد هو التساوي في الصفات الموجبة لاختلاف القيم - وعليه - فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد في الصفات الموجب لاختلافها في المالية مجازفة - واختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالية بالنسبة الى الافراد من صنف واحد وان كان لاينكر الا انه لايضر بالمثلية (الثالث) انه ربما يوجد لبعض ماهو من القيميات مماثل بهذا المعنى - كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات مع انه لاريب في كون الحيوان قيميا (وفيه) ان الميزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب ولا عبرة بوجود المثل في النادر اذ اهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد (ثم) ان القيدين الاخرين الذين ذكرهما المحقق النائيني ره (احدهما) ان يكون التساوي في الصفات بحسب الخلقة الالهية كالحبوبات لا ما كان كك بحسب الصناعة البشرية فالمسكوكات من القيميات لا المثليات (ثانيهما) ان لايتغير بالبقاء او بتاثير من الهواء كالفواكه - لايكونان معتبرين - اذ لاوجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الاشياء - اى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية - وما يتغير بالبقاء وبتاثير الهواء من القيميات - مع انه يكون الاختلاف في ذلك بحسب الازمان و الامكنة والكيفيات ومن الواضح انه لو كان شيء مثليا في زمان ما - كالثوب والكتاب وغيرهما يعامل معه معاملة المثلي وان كان في سالف الزمان من القيميات .

# فى بيان ماهو المرجع عند الشك فى المثلية والقيمية

الموضع الثانى - فى بيان المرجع عند الشك فى المثلية والقيمية وفيه وجوه واقوال (الاول) ان الاصل الذى يرجع اليه هو تخيير الضامن بين المثل و القيمة (الثانى) انه تخيير المالك بينهما (الثالث) الضمان بالمثل (الرابع) الضمان بالقيمة (الخامس) القرعة (السادس) الرجوع الى الصلح القهرى .

وقد استدل للاول - باصالة برائة ذمة الضامن عما زاد على مايختاره . واورد عليه بايرادات (الاول) ان الاجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و لقيمة فانه اما يتعين المثل او القيمة - وفيه (اولا) انه فى الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا بل هو ايضا محتمل (و ثانيا) ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لاعدمه ولو فى الظاهر (الثانى) ماعن جماعة من المحققين منهم المحقق النائينى والمحقق الاصفهانى وهو ان المقام من قبيل دوران الامر بين المتباينين - فان المراد بالقيمة ليس هى المالية السارية فى كل مال بالحمل الشايع - حتى يقال ان وجوب اداء المالية متيقن والشك فى وجوب رعاية امر زائد وهى خصوصية الطبيعة المماثلة للتالف فيجرى عنها البرائة - بل المراد بها المالية المحضة التى لامطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم و الدينار واشباههما و لذا ليس للضامن ان يؤدى بدل القيمى التالف شيئا آخر فتعين النقود فى القميات شاهد كون القيمة هى المالية المحضة - لا المالية السارية فالتفاوت بين المثل و القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء وهما متباينان فلابد من الاحتياط و لامورد للبرائة (وفيه) ان القيمة التى يضمن بها فى القيميات - هى صرف المالية - لا المالية بشرط لا - وحيث ان مطابقها هى النقود و اما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخر فللمالك طلب النقد خاصة والامتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها الباذل . ولذا لو رضى المالك بشيء

آخر غير النقدين كان ادائه وفاءاً لما فى ذمته ولا يحتاج الى معاملة جديدة (و عليه) ففى مورد الشك فى المثلية و القيمية يصح ان يقال ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم والشك انما هو فى الاشتغال بالخصوصية الزايدة والاصل عدمه وحيث ان الشك المزبور سبب للشك فى لزوم اعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية تحصيلا لرضا المالك وثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها فيجرى البرائة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الاصلين تخيير الضامن فى دفع ايهما شاء. (الثالث) ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الامر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الامر بين التعيين والتخيير والاصل فيه التعيين فيجب رد المثل (وفيه) ماحققناه فى محله من ان الاصل فى الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين (الرابع) ان الحكم الظاهرى يعتبر فيه عدم العلم بمخالفة للواقع و الا فلا يكون مجعولا - و فى المقام اذا علمنا بان الواقع اما المثل معينا او القيمة كذلك - فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع فلا وجه للبناء عليه (وفيه) ان التخيير الذى بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الاصول بل هو نتيجة جريان البرائتين التين لا علم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع والعلم بمخالفتهما معا للواقع لا تضر بجريانهما معاً (فتحصل) ان الاظهر هو تخيير الضامن.

وقد استدل على الثانى وهو تخيير المالك - بانه اذا لم تجر اصالة البرائة بالقياس الى الضامن لما تقدم و تعين عليه دفعهما و اختار المالك احدهما لا ريب فى كونه مسقطا للذمة لان مايختاره اما هو البدل الواقعى - او يكون بدل البدل من جهة رضاء المالك بغير الجنس فى مقام الوفاء و على اى تقدير يكون مسقطا - فما يختاره المالك يكون مسقطاً قطعاً وغيره مشكوك فيه والاصل عدم السقوط الا بما يختاره المالك (وفيه) ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يرض المالك الا بما هو حقه - ولم يرض الضامن الا بدفع مايجب عليه دفعه واقعا - واما صورة تراضيهما على امر فهى خارجة عن محل الكلام فانه فى هذه الصورة لا كلام فى جواز رد القيمة وان تعين دفع المثل وكذلك العكس ومن المعلوم ان اختيار المالك ليس معينا لما يجب دفعه ولا هو بنفسه موضوع

للحكم كمالايخفى .

واستدل للثالث وهو تعين المثل ـ بوجهين (الاول) ان المثل والقيمة من قبيل الاقل والاكثر ـ والدوران بينهما من قبيل دوران الامر بين التعيين والتخيير والاصل فى هذا المورد هو التعيين (وفيه) ما حققناه فى محله من ان الاصل فيه هو التخيير (الثانى) ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل مطلقا خرج عنه بالاجماع القيميات ومن الواضح ان الاجماع انمايكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع فى صورة الشك هو عموم العام (وفيه) انه لوسلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعين المثل مطلقا ـ ان الخارج عنه بالاجماع ليس هى الموارد الخاصة بل عنوان القيمى .. فلوشك فى شىء انه قيمى اومثلى يكون من الشك فى المصداق وليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

واستدل للقول الرابع ـ بان مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقا خرج منه المثلى فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام (و فيه) مضافا الى ماستعرف من عدم دلالة النبوى فى نفسه على ذلك ـ انه عند الشك فى كون شىء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كماتقدم آنفا .

واستدل للقول الخامس ـ(١) بعموم ادلة القرعة .(وفيه اولا) انه انمايرجع اليها فى صورة عدم تعين الوظيفة بالامارة او الاصل . وقد عرفت ان مقتضى الاصل هو تخيير الضامن (وثانيا) انه تختص ادلتها بالشبهة الموضوعية ولا تشمل الشبهة الحكمية .

و استدل للقول السادس ـ بانه من جهة ان الامر دائر بين المتباينين و كمايجب على الضامن دفعهما معا قضاء للعلم الاجمالى ـ لايجوز على المالك اخذهما للعلم الاجمالى بحرمة اخذ احدهما فلا مناص الا عن الصلح (وفيه) ما عرفت من ان الاصل يقتضى تخيير الضامن .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٣ ـ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى من كتاب القضاء

# فى ماتقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية والقيمية

الموضع الثالث فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية فى هذا المقام والادلة التى ركنوا اليها فى المقام ثلاثة .

الاول ـ النبوى (١) المتقدم .. على اليد مااخذت حتى تؤدى .. وقد استظهر المصنف ره منه تخيير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على بقاء عهدة العين وانه لارافع لها سوى ادائها ـ وقد قام الاجماع على سقوطها بدفع مارضى به المالك وبقى الباقى ( اقول ) الوجوه المحتملة فى الحديث اربعة (احدها) ن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة (حتى ) فى كون مدخولها رافعا لماقبلها ـ وغاية لها ـ وظهور ذلك فى كونه ممكن الحصول ـ اذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت فى المغيا بحال وجود العين ( ثانيها ) ان يكون الحديث دالا على كون العين فى العهدة مادام وجودها وبتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل او القيمة كما عليه المشهور ـ من جهة ان مفاد الحديث كون الماخوذ تلفه على الآخذ ( ثالثها ) ان يكون المراد به بقاء العين فى العهدة ولو بعد التلف ويكون دفع المثل او القيمة مسقطا لها وقد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين (رابعها ) ان يكون مفاده بقاء العين فى العهدة حتى بعد التلف ودفع المثل او القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين يعنى حق المالك لمطالبة العين وحق الضامن كى لايكلف بغير المقدور . وماذكره ره لايتم على شىء من هذه الوجوه (اما) على الاول فواضح (واما) على الثانى فلان سقوط العهدة بالتلف معلوم والشك انما هو فيما ثبت فى الذمة فلا وجه للتمسك بالعموم فى هذا المقام (واما ) على الثالث فلان التخصيص الذى قام الاجماع عليه ليس بعنوان مايختاره المالك بل هو انما يكون بالمثل او القيمة

---

٢ـ سنن بيهقى ج ۶ ص ٩٠ ـ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لاسبيل الى التمسك بالعموم - وعلى القول بانهما من قبيل الاقل والاكثر - وان كان يتمسك بالعموم فى الشبهة المفهومية ولكن لازمه تعين المثل - مع - انه لايرجع اليه فى الشبهة الموضوعية (واما) على الرابع فلاشك فى بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم بل وجوب دفع البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر (ثم انه) يدفع الاحتمال الاول - لزوم ركاكة هذا الكلام اذ كون اداء العين رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لايحتاج الى بيان - مع ان ماذكر من ظهور الجملة فى كون الغاية ممكن الحصول -- انما يتم بالقياس الى مالايمكن حصوله لامـا اذ امكن فى زمان دون زمان كمالايخفى -- وبدفع الاحتمال الاخير الضرورة و الاجماع فيدور الامر بين الثانى و الثالث (و الاظهر) هو الثالث اذ كون العين بنفسها فى العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها و عدمها فى عالم العين لاينافى وجودهـا فى عالم الاعتبار - و حيث ان الظاهر من الحديث كون الماخوذ بنفسه فى العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

الثانى ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة فى المغصوبات والامانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل اذهى على كثرتها لاتكون متعرضة لبيان المضمون به الاماشذ وندر فيعلم من ذلك اتكاله على ماهو المتعارف عند الناس -- ومن المعلوم ان المتعين عندهم تعين ردما هو الاقرب الى العين بعد عدم امكان رد العين نفسها - والاقرب هو المثل لكونه تدار كا للمالية و الخصوصيات الفائتة التى تختلف بها الرغبات -- فيتعين ذلك ( ثم انه) فى صورة عدم التمكن من رده ايضا - يراعى ماهو الاقرب الى التالف بعد المثل وهو القيمة من النقدين أو شبههما لان غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف ومعلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها - وبعبارة اخرى ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما .(و فيه اولا) انه لوتم لاختص لزوم اداء المثل بما اذا كان موجودا

نوعا اذالمعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمين بالاقرب مطلقا فلاعبرة بوجوده احيانــا(وثانيا)ان الاقربية ليست مناط الحكم بل العبرة على التقريب المتقدم بماهو المتعارف عند الناس ـ ومن المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم فى هذا المقام الا الى المالية ولذا تريهم لايطالبون المثل لو سقط عن المالية ولايلتفتون اليه و لايلزمون بدفعه اذ ازاد قيمته (وبـالجملة) المعيار عندهم هو القيمة ـ وعليـه .. فهذا الوجه يقتضى تعين القيمـة.

الثالث قوله تعالى(١) : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم قيل انـه يدل على تعين المثل فى المثلى والقيمة فى غيره بتقريب ان مماثل مااعتدى هو المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى ( واورد عليه ) بوجوه (الاول) انه مختص بالمتلف عدوانا (الثانى) ان مدلوله اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به (الثالث) ان النسبة بين مقتضاه ومذهب المشهور عموم من وجه ـ فقد يضمن بالمثل بمقتضى الاية الشريفة ولا يضمن به عند المشهور كما لو اتلف عليه عبدا وله فى ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف فان مقتضى الاية الشريفة التهاتر القهرى والمشهـور غير ملتزمين بذلكـ و قد ينعكس الامر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فان مقتضى الاية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضائها اعتبار المماثلة فى الحقيقة والمالية والمشهور ملتزمون بتعين المثل وقد يجتمعان فى المضمون بهـ وفى الكل نظر ( اما الاول ) فلعدم القول بالفصل (وامـا الثانى) فلان الظاهر من الاية المماثلة فى المعتدى به ـ لان حملها على ارادة المماثلة فى الاعتداء يستلزم كـون الباء زايدة و كـون المثل صفـة لمفعول مطلق محذوف ـ وهو الاعتداء ـ وهذا خلاف الظاهر (واما الثالث) فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالاية الشريفة مع انه ستعرف مافيه (ولكن) الانصاف ان مقتضى اطلاق الاية الشريفة لاسيما بعد ملاحظة موردها وهو مقاتلة المشركين فى الشهر الحرام

١ ـ البقرة الاية ١٩٤

(وما) عن التهذيب (١) عن الامام الصادق (ع) فى رجل قتل رجلا فى الحرم أو سرق فى الحرم قال (ع) يقام عليه الحد و صاغرا لانه لم ير للحرم حرمة وقد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فقال هذا هو فى الحرم وقال لاعدوان الا على الظالمين ـ هو ارادة الاعم من المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به و كيفياته الا انها لاتدل على الضمان واشتغال الذمة بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل فلو تصرف فى حنطته جاز له التصرف فى حنطته ايضا ولا تدل على ازيد من ذلك .

ثم انه يقع الكلام فى انه على فرض دلالة الاية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلى انما يكون بالمثل والقيمى بالقيمة كما عن شيخ الطائفة او تدل على وجوب المماثلة فى الحقيقة والمالية فى جميع الموارد كما اختاره المصنف ـ ام تدل على غير ذلك ـ اقول ـ محتملاتها اربعة ( الاول ) ان يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة ـ اى المماثلة فى الحقيقة والمالية ـ من جهة ان المماثلة المطلقة هى المماثلة بلا عناية ولازم ذلك ما افاده المصنف ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لايجتزى به فى مقام الاداء (الثانى) ان يراد بها المماثلة فى الحقيقة خاصة ـ من جهة انها المماثلة العرفية ـ ولازمه ما افاده المشهور من تعين المثل مطلقا وان نقص قيمته عن التالف ( الثالث ) ان يراد بها المماثلة فى المالية من جهة ان الاغراض العقلائية فى باب الاموال متعلقة بحيثية المالية ولازمه تعين القيمة مطلقا ( الرابع ) ان يراد بها مطلق المماثلة اى المماثلة من اى وجه كان ـ و لازمه التخيير فى اداء ايهما شاء والاظهر منها هو الثانى كما لايخفى وجهه .

فظهر مما ذكرناه امور (الاول) ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الاية على ان المثلى يضمن بالمثل والقيمى بالقيمة لايمكن تصحيحه وتطبيق الاية عليه (الثانى) ان ما اختاره الشيخ الاعظم ره خلاف الظاهر (الثالث) ان ما اختاره المشهور

١ ـ الوسائل ـ باب ١٤ ـ من ابواب مقدمات الطواف وما يتبعها من كتاب الحج حديث ١

هو الذى تدل عليه الاية على فرض دلالتها على الضمان .

( قوله قده لكن لعله من جهة صدق اداء القرض الخ ) و فيه انه اذاكان المفروض عدم حل عقد القرض و كون المتعين فى القيميات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ماثبت فى الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لامناص من بنائه على كون ردها حلا لعقد القرض او ان القيمة فى القيميات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق . وعليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل .

( قوله قده وعموم الاية الخ ) ما ذكره قده لايتم فى الشبهة المصداقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا .

(قوله قده مضافا الى الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم الخ) النص هو صحيح (١) معاوية و مكاتبة (٢) يونس وظاهرهما فى بادى النظر و ان كان سقوط مالية الدراهم رأسا الا انهما قابلان للحمل على نقص القيمة ـ وبازائهما ـ مكاتبة (٣) اخرى ليونس والترجيح للاولين .

(قوله قده الحق بالقيمى الخ) ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائى قده من انه بناءاً على الرجوع الى عموم مادل على وجوب المثل مطلقا فى مورد الشك فى المثلية والقيمية كما هو مختاره قده على ماصرح به قبل اسطر لافرق بين ماعلم مثليته وماشك فيها ـ فكما انه فى المورد الاول يجب اداء المثل و ان فرض نقصان قيمتـه فى زمان الدفع عن قيمـة التالف كك فى المورد الثانى لابد من البناء عليه ـ فلاوجه للبناء على الالحاق بالقيمى ( اقول ) الظاهر هو الفرق بينهما ـ فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد والافقد صرح قبل ذلك بان مقتضى الاية واطلاقات الضمان عدم الزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة والمالية ـ و على هذا ففى مورد الشك حيث لا اجماع على ذلك فلايكون هو المتعين.

(قوله قده فتامل) اقول الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على

---

١ـ٢ـ٣ـ الوسائل ـ باب ٢٠ ـ من ابواب الصرف

مسلكه من دلالتها على اعتبار المماثلة فى الحقيقة والمالية ـ هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لاالرجوع الى القيمة مطلقا .

## اذالم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل

**(قوله قده الخامس ذكر فى القواعد انه لولم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد الخ)** اقول قبل الشروع فى البحث لابد من تقديم مقدمات (الاولى) انه اذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها وان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية أولترقى القيمة السوقية ـ وان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من اوصافها او جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد ـ وان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الابها بل لو سقطت عن المالية بالكلية لايجب عليه ردشىء آخر . (الثانية) ماتقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الاداء بمعنى كون العين فى العهدة وان الانتقال الى المثل او القيمه انما هو حين الاداء (الثالثة) ان محل الكلام فى المقام ليس هو ما اذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه ـ فانه لااشكال فى هذا المورد فى وجوب الشراء فانه ان اريد اداء القيمة لابد من اداء قيمة يوم الاداء فعلى اى تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلاوجه لتوهم عدم وجوب الشراء للاضرر وغيره بل محل البحث ما اذا لم يوجد المثل الاعند من لايبيعه الابثمن غال ـ والاقوال فيه ثلاثة (الاول) وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة والمصنف ره (الثانى) عدم وجوب الشراء وان حكمه حكم تعذر المثل وسيأتى اختاره جمع آخرون (الثالث) ما افاده السيده وغيره هو التفصيل بين مالو علم الاخذ بعدم الاستحقاق ومالو لم يعلم بذلك فيجب الشراء فى الاول دون الثانى.

واستدل للاول باطلاق النص والفتوى (وفيه) ان اطلاق النص يرفع اليد عنه بحديث لاضرر(١) الحاكم على جميع ادلة الاحكام الواقعية (واورد) على التمسك

١ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب المتقدم اليها الاشارة .

بحديث لاضرر فى المقام بايرادات ( الاول ) ان هذا الحكم بنفسه ضررى فى جميع الموارد فلامحالة يكون دليله مخصصا للحديث (وفيه) انه يتم بالنسبة الى المقدار الزايد كمالايخفى (الثانى) ان جريان دليل الضرر فى الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه ( وفيه ) ان كون حقه المثل فى هذا الفرض اول الكلام ( الثالث) انه لاضرر فى متعلق التكليف وهو دفع المثل و انما الضرر فى مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل ـ فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه (وفيه اولا) ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لاضرر (وثانيا) ان حديث لاضرر لايختص بما اذا كان متعلق الحكم ضرريا ـ بل يدل على نفى الحكم الناشى من قبله الضرر ـ و فى المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل . (الرابع) انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق ( و فيه اولا) انه لوتم فانما هو فى صورة العلم بعدم الاستحقاق واما فى صورة الجهل فلايتم وبذلك ظهر مدرك القول الثالث (وثانيا) ان اخذ العين انما يكون اقداما على ضمان المثل وان كان لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل اذا كان حكمه فى الشريعة هو ذلك فلايصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور . وبعبارة اخرى ـ الاقدام على الضرر انما يكون متوقفا على ثبوت هذا الحكم ـ ولو توقف ذلك عليه لزم الدور (وثالثا) ان الاقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لاضرر ـ الا فى الموارد التى يكون رفع الحكم خلاف الامتنان اوغير موافق له ( و الغريب ) ان السيد قده فى العروة بنائه على ذلك ولذا افتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر و توضأ ـ و مع ذلك فى المقام استند الى قاعدة الا قدام ( و رابعا ) ان الاقدام المانع عن جريان الحديث والتمسك به هو الاقدام على الضرر كما لو توضأ بالماء مع كون الوضوء ضرريا ـ او اشترى شيئا مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة ـ واما لو فعل فعلا الذى لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرريا كما لو اكل فى الليل شيئا يكون اكله سببا لكون الصوم ضرريا عليه او اجنب نفسه مع كون الغسل

ضرريا عليه - فلا يكون ذلك الاقدام سببا لعدم شمول الحديث فتدبر فانه دقيق و المقام من قبيل الثانى فان اخذ العين هو المقدم عليه وهو ليس ضرريا و الضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشمله لاضرر (فتحصل) ان مقتضى حديث لاضرر عدم وجوب الشراء (ويشهد له) مضافا الى ذلك ماتقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثيرا مبذولا - والا فهو قيمى - ولافرق فى ذلك بين كون عزة الوجود بدوية اوطارية فكون الشىء مثليا فى زمان لايوجب كونه كذلك الى الابد فالاظهر عدم وجوب الشراء .

ومما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه .

## اذا سقط المثل عن المالية

(قوله قده بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية الخ ) اقول قد تقدم انه لا اشكال فى انه اذا سقطت العين المأخوذة عن المالية من دون ان ينقص منها شىء ولا من صفاتها و منافعها لايجب عليه شىء سوى ردها - انما الكلام فيما اذا تلفت وكانت مثلية وسقط المثل عن المالية . والاظهر هو عدم الانتقال الى القيمة و كفاية رد المثل - وذلك فان مقتضى الادلة وجوب المثل و اما المالية المنتزعة من ميل الناس ورغبتهم او اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول فى هذا الزمان فهى لاتكون مضمونة . وان شئت قلت ان العين بما لها من الخصوصيات تكون فى العهدة الى حين الاداء . وهى فى الفرض حين الاداء لاقيمة لها فلا وجه للانتقال الى القيمة . واداء قيمة يوم الاخذ او يوم التلف والفائت انما هو رغبات الناس او اعتبار المعتبر لاشىء من المأخوذ .

ويشهد لما اخترناه مضافا الى انه مقتضى القاعدة . صحيح (١) معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولايباع بها شىء

---

١- الوسائل- باب ٢٠ - من ابواب الصرف - حديث ٢

ألصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التى تجوز بين الناس . فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الدراهم الاولى .

وقد استدل على ضمان المالية فى هذه الصورة . بوجوه - (الاول) ان الزمان و المكان من خصوصيات العين الدخيلة فى ماليتها فان الماء فى مفازة الحجاز غير الماء على الشاطىء - والثلج فى الشتاء غير الثلج فى الصيف - فاذا اخذ الماء فى المفازة و الثلج فى الصيف - تكون خصوصية الزمان و المكان فى عهدة الضامن و لايكون ردهما فى الشاطىء و الشتاء اداءاً للمأخوذ فلامناص عن رد القيمة اداءاً للخصوصيتين ( وفيه ) مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية اذا سقطت العين عن المالية . وتدارك النقصان اذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة - مع انهم غير ملتزمين بذلك - ان الزمان والمكان ليسا دخيلين فى المالية بل اصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشآن من كثرة الوجود وقلة الطالب بلادخل للزمان والمكان فى ذلك - فان الثلج فى الصيف اذا كثر او قل طالبه ينقص ماليته او يسقط عنها - وهو فى الشتاء اذا قل و كثر راغبه يصير غاليا فالمعيار ماذكرناه (وبالجملة) سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص فى ذلك الشىء كما اذا صار الثلج ماءاً واخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لاجل كثرة وجوده اوغير ذلك مع بقائه على ما هو عليه من الخصوصيات ففى الاول يحكم بالضمان لعموم ادلته ولايحكم به فى الثانى (الثانى) حديث (١) لاضرر بتقريب ان الماخوذ حين اخذه كان له مالية فاذارد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك و الحديث ينفيه (وفيه) انه لو كان مفاد الحديث مااختاره بعض معاصرى الشيخ الاعظم ره وهو نفى الضرر غير المتدارك تم ماذكر فان لازمه ثبوت التدارك فى موارد الضرر بالامر به فى الشريعة المقدسة ، وان كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه ايضا لايخلو من اشكال فان غاية مايقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك اما كون المتدارك

١- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب

هو الآخذ فلابدل عليه فليكن التدارك من بيت المال (و لكن) قدحققنافى محله ضعف المبنى - وان الحديث انماينفى الاحكام الضررية ولايثبت به حكم - فلايثبت به الضمان فى المقام (الثالث) ماافاده المحقق الاصفهانى ره- وهوان دليل وجوب رد المثل انـما يكون دليلا على التضمين و التغريم فلا بد من رعاية حيثية المالية اذ المال التالف لايتدارك الابالمال ثم قال و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عـن المالية فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لابلحاظ ماليتها لكن التضمين و التغريم بلحـاظ مـاليتها فيجب حفظ المـالية فى الثانى دون الاول ( اقول ) يرد عليه قده امران (الاول) انه لافرق بين العين والمثل ووجوب رد كليهما انماثبت بعموم على اليدو هو بالنسبة اليهما على حدسواء فلوقلنا بلزوم غرامة المالية فى المثل لامناص عن القول به فى العين (الثانى) ان ادلة الضمان انماتدل على وجوب رد العين مع وجودها والمثل بعد تلفها ان كان مثليا و قدتقدم ان المماثلة المعتبرة هى المماثلة من حيث الحقيقة وحيث ان المالية ليست صفة فى العين او المثل - فلاوجه لضمانها (وان شئت قلت ) ان العين بعد تلفها انماتكون فى العهدة الى حين الاداء وهى على الفرض لامالية لها حينه فلاوجه لادائها فتدبر (فتحصل) ان الاظهر بحسب القواعد مااختاره صاحب الجواهر ره واحتمله فى القواعد من انه اذاسقط المثل عن المالية لاينتقل الفرض الى القيمة بل يكفى رد المثل.

**(قوله قده ثم انه لا فرق فى جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونـه فى مكان التلف الخ)** اقول لاينبغى التوقف فى جواز مطالبة المالك لماله من العين او المثل فى اى مكان كان - لعموم(١) الناس مسلطون على اموالهم - و كذا الاشكال فى وجوب رد العين اذا كانت موجودة - والمثل اذا كانت قيمته فى مكان المطالبة مساوية لقيمته فى مكان التلف - انما الكلام فيما اذا كانت قيمته فى مكان المطالبة ازيد من قيمته فى مكان التلف. وفيه وجوه واقوال (الاول) وجوب رده على الضامن (الثانى) عدم وجوبه (الثالث ) التفصيل بين البلدان التى نقل الضامن العين اليها - وبين غيرها - فان طالبه

---

١- البحار ج٢- ص٢٧٢ الطبع الحديث

فى احد تلك البلدان وجب الرد. و ان طالبه فى غيرها لا يجب (و استدل) السيد قده للاخير بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال فى القرض من الانصراف الى بلد وقوعه فان المستفاد منها وجوب الرد و الدفع فى مكان ذلك المال ولا يفهم جواز الالزام بذلك فى كل مكان اراد المالك (وفيه) انه فى باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا .. وهذا بخلاف باب الضمان .

و الاظهر هو الاول ـ لان العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم فمال المالك فى عهدة الضامن ـ ومقتضى عموم على اليد ما اخذت وغيره من الادلة لزوم الخروج عن عهدته فى اى مكان كانت المطالبة .

## لو تعذر المثل فى المثلى

(قوله قده السادس لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة الـخ) اقول ـ الكلام فى هذا الامر يقع فى مقامات (الاول) فى انه اذا تعذر المثل فى المثلى هل يكون مضمونا بالقيمة ـ ام لا ـ والكلام فى هذا المقام يقع فى موردين (الاول) فى ما اذا طالب المالك (الثانى) فى فرض عدم مطالبته .

اما المورد الاول فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه (احدها) ما ذكره المصنف ره بقوله لان منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين (وفيه) ان الامتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما اذا كان حقه هو القيمة فى فرض تعذر المثل والا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه فثبوت الاستحقاق به دورى (الثانى) ما افاده السيد فى الحاشية والمحقق النائينى ره وهـو ان للعين جهـات ثلاث الخصوصية الشخصية و الخصوصية النوعية ـ والحيثية المالية ـ فبمقتضى الادلة وجب رد جميعها على الآخذ ـ فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الاخيرتين. كك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة فيجب رد القيمة من هذه الجهة (وفيه) ان المالية الواجب

ردها فى المثلى انما هى المالية الخاصة الموجودة فى المثل . فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر (الثالث) ما استند اليه السيدره ايضا وهو حديث (١) لاضرر فانه يدل على نفى كل حكم وجودى اوعدمى ينشأ منه الضرر فى الشريعة و من تلك الاحكام هذا الحكم (وفيه) ان لزوم الصبر على المالك وجواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل وان كانا ضررين الا انهما عقليان ومن باب تعذر ادائه . واما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه فان الامتناع عما لايستحقه لايكون ضررا عليه واثبات حقه به دور واضح (الرابع) ما افاده المصنف ره ايضا وهو قوله تعالى (٢) ( فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ) بتقريب ان الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى (وفيه) ان الاية على فرض دلالتها على الضمان انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل. ولاتدل على ان الاعتداء المامور به هو مالايزيد على ما اعتدى عليه . و الالزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل ( والصحيح ) ان يستدل له بما تقدم من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى . من غير فرق بين التعذر فى جميع الاعصار اوفى عصر واحد ومن باب الاتفاق . فالمثلى المتعذر مثله قيمى فللمالك مطالبة القيمة لانها حقه (والغريب) ان المحقق النائينى ره مع تصريحه بهذا فى الامر السابق ـ لم يلتزم به فى المقام بل صرح بخلافه فراجع .

المورد الثانى فى انه اذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا . فيه وجهان بل قولان . اظهرهما الاول فانه بناءاً على ما عرفت فى وجه لزوم اداء القيمة لوطالب المالك يكون حق المالك ثابتا فى القيمة قبل المطالبة فللضامن الزامه بقبول حقه (نعم) بناءاً على ما افاده المصنف ره فى وجه ذلك اولا ـ ليس للضامن الزامه بذلك ـ فان الانتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع

١ ـ الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب المتقدم اليها الاشارة

٢ ـ البقرة الاية ١٩٤

بين الحقين فاذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال ـ وبهذا التقريب يظهر انه لايرد عليه ما ذكره المحقق الايروانی ره ـ من انه اذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة فجاز الزامه باخذ القيمة و تفريغ ذمة الضامن عن حقه .

# فی ان العبرة فی قیمة المثل المتعذر بقیمة ای یوم

المقام الثانی فی ان العبرة فی قيمة المثل المتعذر بقيمة ای يوم ـ والوجوه المحتملة التی بعضها اقوال خمسة عشر ـ الان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف و منشأ الاختلاف الخلاف فی امرين ( احدهما ) ان المدار فی القيمی على قيمة يوم الدفع ـ اوقيمة يوم الغصب ـ اوقيمة يوم التلف ـ او اعلى القيم من يوم الاخذ الی يوم الدفع ـ او الاعلى من يوم الاخذ الی يوم التلف ـ و سيأتی فی الامر السابع تنقيح القول فی ذلك (ثانيهما) انه بناءاً على الانتقال الی القيمة هل العين تصير قيمية او القدر المشترك بينهما يكون قيميا (وحق ) القول فـی المقام يقتضی التكلم فی موردين ـ الاول ـ فی بيان المختار ـ الثانی ـ فی بيان الوجوه التی ذكرت او يمكن ان تذكر لساير الاقوال .

اما الاول فحيث عرفت ان العين تكون فی العهدة الی زمان الاداء ـ وعرفت فی ضابط القيمی و المثلی ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية ـ و ستعرف ان العبرة فی القيميات بقيمة يـوم الاداء فلا محالة تعرف ان المـدار فی المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع .

واما الثانی ( فان قيل ) ان الماخوذ بنفسه يصير قيميا يأتی فيه احتمالات خمسة ـ وهی ـ قيمة يوم الاخذ ـ قيمة يوم التلف ـ قيمة يوم الاداء ـ اعلى القيم من يوم الغصب الی يوم التلف ـ اعلى القيم من يوم الغصب الی يوم الدفع ( و ان قيل) ان المثل يصير قيميا جاء فيه ايضا احتمالات خمسة ـ وهی ـ قيمة يوم الغصب و

هو يوم تلف العين فانه يوم غصب المثل وكونه فى الذمة الى يوم اعواز المثل -قيمة يوم الاداء - قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل - اعلى القيم من يوم تلف العين الذى هو يوم غصب المثل الى يوم اعواز المثل الذى هو يوم تلفه - اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء (وان قيل) ان الجامع بينهما يصير قيميا - جاء فيه ايضا احتمالات خمسة وهى - قيمة يوم الاداء - وقيمة يوم الغصب وهو يوم غصب العين اذ غصب القدر المشترك يكون بغصب العين - وقيمة يوم التلف و هو يوم اعواز المثل فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من ادائه - واعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع - واعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف. (وحيث) ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيميا - وهما الاولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون الماخوذ قيميا - وهما الثانى و الثالث - كمالايخفى - و احتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا وهى غير الاخير ينطبق مع احتمالات القولين الاولين و انما لاينطبق خصوص الاخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الاعلى من يوم غصب العين الى يوم الاعواز فالمتحصل من هذه المسالك ان الاحتمالات التى لها وجه تسعة. وهناك احتمال آخر وهو كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناءاً على ان انقلاب المثل اليها انما هو حينها. هذه هو المحتملات التى لها وجه. و اما غير ذلك من الاحتمالات فاما لا اساس لها - اولاتتفاوت بها القيمة مع المحتملات المذكورة.

(فتحصل) ان المحتملات التى لها وجه عشرة - الاول قيمة يوم قبض العين الثانى قيمة يوم تلفها - الثالث قيمة يوم اعواز المثل - الرابع قيمة يوم الدفع الخامس اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الدفع - السادس اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء - السابع اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها - الثامن اعلى القيم من يوم قبض المثل اى تلف العين الى يوم الاعواز - التاسع اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الاعواز - العاشر قيمة يوم المطالبة - و بذلك يظهر عدم تمامية ماافاده المحقق النائينى ره وهو ان المحتملات ثمانية. مع. ان المحتمل الثالث فى

کلامه قده متحد مع الخامس فراجع وتدبر .

## لافرق بین التعذر البدوی و الطاری

المقام الثالث ـ ظاهر کلام العلامة ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طرو التعذر .. لا ماتعذر فیه المثل ابتداءاً ـ وعن جامع المقاصد انه ح یتعین کون التالف قیمیا ـ و ذکر فی وجه التفصیل امور ( الاول ) انه فی صورة التعذر ابتداءاً لایکون التکلیف باداء المثل منجزا فی وقت من الاوقات وهذا بخلاف صورة التعذر الطاری (واورد) علیه المنصف ره ـ بان التمکن من الاداء لیس شرطا فی الحکم الوضعی ای اشتغال الذمة بالمثل کما لایشترط فی استقراره استدامة (اقول) یرد علی المصنف ره ان مبنی التوجیه المزبور علی ان الضمان لیس بنفسه امرا اعتباریا استقلالیا ـ بل هو منتزع من التکلیف الفعلی باداء البدل ـ و اساس الایراد انما هو کونه امرا اعتباریا مستقلا فی الجعل فهما لایردان علی مبنی فارد ـ فالحق ان یورد علیه بانه بناءاً علی کونه امرا اعتباریا ان صح اعتباره فی فرض التعذر الطاری صح فی الابتدائی ایضا فانه اذا لم یکن مانع من اشتغال الذمة بالشیء مع عدم التمکن من ادائه صح ذلک فی التعذر البدوی ـ والا لما صح بقاءاً ایضا (الثانی) ماذکره المصنف ره وهو ان الادلة فی مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوی ـ واما اذا طرء العجز فلادلیل علی سقوط المثل او انقلابه قیمیـا و( فیه ) انه اذا کان الادلة فی مقام الاثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائی لزم ان لاتکون الذمة مشغولة بالقیمة فی القیمی مع تعذر ادائها ابتداءاً (الثالث) ما ذکره بعض اکابر المحققین وهو ان الفرق بین العجز البدوی والطاری عدم صدق ضابط المثلیة فی الاول ـ وصدقه فی الثانی (توضیحه) ان ضابط کون الشیء مثلیا کون الشیء ذا مماثل موجود لاکونه ذا مماثل نوعا ـ وعلیه فمع العجز البدوی لایکون التالف مثلیا بخلاف صورة طر والعجز (وفیه) انـه اذا کان ضابط المثلیة کون الشیء ذا مماثل موجود فعند طرو التعذر لایکون بقاءاً کک فلامناص

عن القول بالانقلاب فتحصل انه لافرق بين الصورتين ( ثم ان ) هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل اوالقيمة ـ واما على المختار من كون العين في العهدة فعدم الفرق اوضح .

## في المراد من اعواز المثل

المقام الرابع ـ في بيان المراد من الاعواز ـ فعن العلامة ان المراد به عدم وجوده في البلد و ماحوله ـ و عن المسالك زيادة قوله ممايتقل اليه عادة ـ و عن المحقق الثاني الرجوع فيه الى العرف. والمصنف ره ذهب الى الاخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز ـ و امـا اذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الاخص وهو المتعذر ـ ثم مال قده الى ماعن العلامة من جهة النص الوارد في السلم انه اذالم يقدر المسلم اليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري بتقريب انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفي ذلك ثم قال و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه (اقول) ان الاعواز والتعذر لم يردا في رواية ولاهمـامعقد اجماع تعبدي حتى يناز ع في صدقهما ـ بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروابهما ـ وعليه ـ فيتعين ملاحظة القواعد (ومحصل الكلام) انهنا مسئلتين بعد مفروغية انه اذاكان المثل موجود اليس للمالك مطالبة القيمة والزام الضامن بادائها وله الالزام باداء المثل ـ الاولى. انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل ـ الثانية ـ انه متى للمالك الزامه باداء القيمة ـ اما الاولى ـ فليس للمالك الزامه بادائه اذالم يتمكن عقلا اوشرعا بان كان الاداء ضرريا عليه اوحرجيا وبعبارة اخرى متى انتفى احد الشروط للتكليف من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد اوغيره ـ كما ان له الزامه به اذا كانت شروط التكليف موجودة ولوكان المثل في بلد بعيد ـ واما الثانية. فليس له الزامه بادائها الا اذا تعذر عقلا المثل ـ والا فلو لم يكن متعذرا عقلا ولكن كان ادائه حرجيا اوضرريا له ان يتحمل الضرر و الحرج ويؤدي

المثل -وهذا ايضا لافرق فيه بين البلد وغيره .

## فى معرفة قيمة المثل

المقام الخامس . فى معرفة قيمة المثل- قال قده . (ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالا - الظاهر هو الاول الخ) اقول منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الايام والفصول - فقد تقدم الكلام فى تعيينها و ان كان اختلاف الامكنة فسيأتى الكلام فيه- وان كان اختلاف الايام فى عزة الوجود وكثرته ، فالميزان هو قيمة اليوم الذى عين لذلك كان هو يوم الغصب او يوم التلف او يوم الاداء او غير ذلك (وبالجمله) حيث عرفت ان العين انما تكون فى العهدة الى حين الاداء ولذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الاداء - فيفرض العين موجودة يوم الاداء و تقوم وتؤدى تلك القيمة الفرضية فلا اشكال فى المسألة .

(قوله قده فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه الخ) هذا الفرض اجنبى عن محل البحث فان العبرة فى القيمة بالقيمة السوقية لا ما يطالبه المالك ولا يجب دفع تلك القيمة كما هو واضح .

## الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف

السادس اذا كانت قيمة المثل فى بلد المطالبة مخالفة لقيمته فى بلد التلف فهل الاعتبار ببلد المطالبة . او ببلد التلف . او يتخير المالك فى التعيين او يتخير الضامن فيه . وجوه . اقول المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره وقد عرفت ان الاظهر جواز المطالبة فى كل مكان شاء المالك . وعليه . فالعبرة فى المقام ببلد المطالبة .

(قوله قده وفصل فى المبسوط الخ) محصل تفصيله - ان للمالك مطالبة القيمة فى كل مكان كان له مطالبة المثل فان كان المثل مما لا مؤونة فى نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا وان كان فى نقله مؤونة . فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا وان

كان فی نقله مؤونة .وكانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبة قيمة بلد التلف (اقول) يرد عليه ان الضرر الذی لاجله حكم فی الصورة الاخيرة بعدم لزوم اداء المثل او قيمته فی بلد المطالبة . ان كان من جهة الاحتياج الی مؤونة النقل .فهو موجود فی الصورة الثانيه . و ان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود فی الصورة الاولی و ان كان من جهة مجموع الامرين فيرد عليه ان الانضمام يوجب زيادة الضرر لا اصله فالالتزام بالتفصيل وان له المطالبة فی ای مكان شاء فی الصورتين الاوليتين وان العبرة ببلد التلف فی الاخيرة مما لا وجه له.

## لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

السابع لو دفع القيمة فی المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل . فالاقوی عدم عود المثل فی ذمته . وذلك بناءاً علی المختار من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيميا واضح . فانه مع صيرورته قيميا وادی الضامن القيمة فقد برئت ذمته فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل . وان شئت قلت . ان القيمة بدل للعين لا للمثل فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل . واما بناءاً علی ان المثل يصير قيميا فان قلنا ببقائه فی الذمة الی حين الاداء وان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة ويطالب المالية ولذلك له ان يصبر الی ان يتيسر المثل فلا يعود المثل فی ذمته ايضا وكك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الی قيمته (نعم) بناء علی القول ببقاءاً المثل فی الذمة . يعقل اعتبار بدل الحيلولة . من جهة انه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة وانما يؤدی القيمة لان ينتفع بها الی ان يتيسر المثل.

## فی ضمان القيمی بالقيمة

(قوله قده السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكی الاتفاق علی كونه مضمونا بالقيمة الخ) الكلام فی هذا الامر يقع فی موارد (الاول) فی انه هل تشتغل

الذمة حين التلف بالقيمة فى القيميات ام تبقى العين فى العهدة الى حين الاداء المشهور بين الاصحاب هو الاول والحق هو الثانى ـ لما تقدم فى الامر السابق من ظهور حديث على اليد فى ذلك . ولاينافيه شيء من الاخبار (اما) مادل على الضمان فواضح ( واما ) النصوص المعينة للقيمة فلان (جملة) منها مثل خبر (١) السكونى عن الصادق عليه السلام الوارد فى السفرة المطروحة الكثير لحمها و خبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين ـ فقال امير المؤمنين (ع) يقوم مافيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن.وخبر (٢) على بن جعفر عن الكاظم (ع) فى رجل اصاب شاة فى الصحراء الدال على انه ياكلها وان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه ومرسل (٣) الصدوق عن الصادق (ع) فى الطعام الذى وجد فى مفازة . المتضمن . انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء . وغير ذلك من النصوص التى تكون بهذا المضمون . تكون فى مقام بيان ان للواجد ولاية على ان يبيع ماوجده عن صاحبه لنفسه ويبقى الثمن فى ذمته الى ان يجيء صاحب المال واجنبية عن المقام بالمرة (وجملة) اخرى منها لايستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء وهذا يلائم مع كون العين فى العهدة (واما) ماذكره المصنف ره فى عداد النصوص التى ادعى منافاته لهذا القول بقوله ومنها مادل على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف (فيرد عليه) مضافا الى انه ليس فى نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انهما يترادان الفضل اذا كان لاحد الامرين من الرهن والدين عند تلفه فضل وانه اذا كان الرهن يساوى مارهنه فليس عليه شيء (انه) ايضا لاينافى كون العين فى العهدة بعد فرض ان اداءها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا او وفاءاً ـ وان ذلك انما

---

١ ـ الوسائل باب ٢٣ من ابواب كتاب اللقطة حديث ١

٢ ـ الوسائل باب ١٣ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٧

٣ ـ الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٩

يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن كما لايخفى .

الثانى انه لاريب ولا كلام فى انه عند تعذر المثل فى القيميات يكفى ردالقيمة وانما الخلاف المتوهم فى صورة وجود المثل من جميع الجهات او مايصدق عليه المثل فالمشهور بين الاصحاب انه يكفى ردالقيمة - وعن الاسكافى والمحقق انه يجب رد المثل - وظنى انهما غير مخالفين للمشهور فان مورد كلامهما القرض ولايبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل ولو فى بعض الصفات - ويؤيد ماذكرناه تصريح المحقق فى باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة فمدعى عدم الخلاف فى كفاية ردالقيمة مع تيسر المثل غير مجازف - وكيف كان - فالاولى بيان ما هو المستفاد من الادلة وقد تقدم فى الامر السابق - ان حديث على اليد لانظر له الى هذه الجهة - وآية الاعتداء لاتدل على الضمان - وان الاطلاق المقامى والاجماع يقتضيان تعين القيمة فراجع .

**(قوله قده وعلى تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل الخ)** مراده قده انه على تقدير الاجماع على وجوب القيمة مع تيسر مايصدق عليه المثل عرفا - ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلاحزازة فى كلامه - لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع والادلة بالنسبة الى الصورتين على حد سواء .

**( قوله قده فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة الخ )** قدمر عدم دلالة الروايات على الانقلاب - مع ان خلاف الجماعة انما هو فى القرض لافى غيره - فلا تكفى الروايات فى ردهم مع احتمال الفصل - مضافا الى انه لواغمض عن ذلك كله فهو المتيقن من الروايات فلاحاجة الى الاطلاق .

# فى تعيين القيمة

**( قوله قده ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد الخ )** الاقوال والوجوه المحتملة فى المسألة خمسة ( احدها ) كون المدار على يوم القبض نسب الى الاكثر ( الثانى ) يوم التلف نسب الى الشيخين واتباعهما وعن الدروس والروضة نسبته الى الاكثر (الثالث) يوم الدفع ( الرابع ) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف (الخامس) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع (واما) ما عن المفيد والقاضى والحلبى من الاعتبار بيوم البيع - فالظاهر ارادته يوم القبض فهو يرجع الى القول الاول - وتنقيح القول فى المقام بالتكلم فى مواضع ( الاول) فيما تقتضيه الاصول العملية ( الثانى ) فيما يقتضيه القواعد (الثالث) فيما يقتضيه صحيح ابى ولاد وغيره من النصوص الخاصة .

اما الموضع الاول فعن العلامة وغيره انها تقتضى القول الخامس - اذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم ولا يحصل البراءة الا بالاعلى (واورد عليه) بان الاصل فى المقام البراءة لكون الشك فى التكليف بالزايد (واجاب) عنه المصنف ره بان الاصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة وان كان هو البراءة - الا ان الاصل فى الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب - وحق القول فى المقام - انه ان قلنا بان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية فى مواردها كما اختاره المصنف ره فالمرجع اصالة البراءة اذ لا شىء مجعول سوى لزوم دفع القيمة والمفروض دورانها بين الاقل والاكثر فتجرى البراءة عن الزايد . وان قلنا بان الحكم الوضعى كالتكليفى متاصل فى الجعل فان قلنا فى المقام بالانقلاب بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب الى المشهور فالمرجع هو البراءة ايضا لان شغل الذمة بالزايد مشكوك فيه فتجرى البراءة - وان قلنا بكون العين فى العهدة الى حال اداء العوض فالمرجع هو استصحاب بقاء العين و عدم السقوط الا بدفع الاكثر - و بما ذكرناه ظهر ان ما افاده العلامة حق على

المسلك المختار من بقاء العين فى العهدة بعدتلفها - كماظهران جواب المصنف ره لايتم على مسلكه فتدبر .

واماالموضع الثانى فقداستدل العلامة للقول الاول على مانسب اليه - بانه زمان ازالة يد المالك ( توضيحه ) ان القابض انماوضع يده على ماله مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية والصفات النوعية - مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص فوجب عليه رده بماله من الحيثيات اذاامكن الرد - وان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف وجبرد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد - ولاوجه لوجوب ردالمراتب الاخر من الماليات - فانها ماليات واردة على ماهو تحت العهدة لاان العهدة واردة عليها (وفيه اولا) ان المالية المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لاتقع تحت اليد ولاتكون مضمونة كماتقدم (وثانيا) ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية ولكن نقصت قيمتها لزوم دفع مانقص (وثالثا) انهذاالوجه لوتم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم التلف - لان على اليد لايختص بحدوث اليدبل يشمل بقائها فكل زمان من ازمنة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك فوجب ان يغرم اكثرها(واستدل) للقول الثانى فى المتن - بان معنى ضمان العين عندقبضها كونها فى عهدته ومعنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عندالتلف حتى تكون عندالتلف كانها لم تتلف وتداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لهاقائم مقامها(وفيه) انه بناءاً على المسلك الحق من بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء لاوجه لرعاية قيمة يوم التلف كمالايخفى (وبه يظهر) ان الحق هو القول الثالث - وهو ان العبرة بقيمة يوم الدفع (واستدل) للقول الرابع بوجوه (احدها) قاعدة نفى الضرر ( و فيه ) اولا ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الادلة المثبتة للحكم و تدل على نفيه - و لاتدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر - و ثانيا - انها لودلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع مانقص من القيمة مع بقاء العين ( ثانيها) انه اذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناءاً على ان العبرة بيوم التلف فكك اذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت فيضمن

الاعلى ولو تنزلت يوم التلف لان الغاصب منع المالك عن التصرف فى اليوم الذى ارتفعت قيمتها (وفيه) مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع مانقص من القيمة مع رد العين - و انه لاعبرة بيوم التلف - انه لادليل على كون الحيلولة سببا للضمان فتدبر (ثالثها) ماأساسه يبتنى على امرين - احدهما شمول على اليد للمالية وكونها مضمونة ثانيهما الانقلاب بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة - وقد عرفت ما فى كلا الامرين (واستدل) للقول الخامس - بالوجهين الاولين المذكورين فى سابقه الذين تقدم مافيهما - وبما - يبتنى على امرين - الاول بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء - الثانى كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان - وقد مر مافى الثانى (فتحصل) ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع .

واما الموضع الثالث - فالكلام فيه يقع فى موردين - الاول فى صحيح ابى ولاد - الثانى فى غيره من النصوص.

اما المورد الاول فقبل التكلم فيه لابد من تقديم مقدمة (وهى) ان الصحيح مختص بالمغصوب - و استدل للتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين (احدهما) ماعن الحلى من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم (وفيه) انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعبديا مع ان ثبوته ممنوع ( ثانيهما ) ما افاده المصنف ره - و حاصله انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدى عنه - واما لو كان ظاهرها - ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدى عنه وذلك لانه اذا كان قيمة المغصوب يوم التلف او الدفع اكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان والتدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف او بيوم الدفع الارفاق بالغاصب والتخفيف عليه و كون غيره اسوء حالا منه وهذا مما يقطع بخلافه فلامحالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الاخذ مطلقا - و بالجملة - التحفظ على ظهور الرواية فى كون العبرة بقيمة يوم المخالفة

يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا والالزم كون غير الغاصب اسوء حالامنه.(ثم ان) السيد قده - افاد فى وجه مراد المصنف ره - انه لوقلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف - فاذا دل الصحيح على ان العبرة فى باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لايكون المغصوب واجب التدارك - وهذا بخلاف مالوقلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء فى زمان انقطاع يده عنه و عليه فظهور الصحيح فى كون المدار على يوم الاخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك و ان الذى فهمناه خطاء (واورد) عليه بانه يمكن ان يقال ان التدارك لـه معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه و بحسب يوم التلف الا ان اطلاقه يقتضي كون المناط على قيمة يوم التلف وهذا لاينافى تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص فلايكشف الخبر عن خطاء ما بنى عليه (ولكن) الظاهر ان مراده ماذكرناه .

اذا عرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه قد استدل فى المقام بصحيح (١) ابى ولاد الذى رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد الحناط ورواه الكلينى ره عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد مثله (وحيث )انه مشتمل على احكام كثيرة فالاولى نقل الخبر بتمامه قال - اكتريت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بينى وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابى و مجيئى خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذرى واردت ان اتحلل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بابى حنيفة فاخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لى ماصنعت بالبغلة قلت قد دفعته اليه سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال اريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال مارى لك حقا لانه اكتراه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة

---

١- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

البغل وسقط الکراء فلما رد البغل سلیما وقبضته لم یلزمه الکراء قال فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل یسترجع فرحمته مما افتی به ابو حنیفة واعطیته شیئا وتحللت منه وحججت تلك السنة فاخبرت اباعبدالله (ع) بما افتی به ابو حنیفة فقال (ع) فی مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتحبس الارض برکاتها فقلت لابی عبدالله (ع) فماتری انت جعلت فداك قال (ع) اری له علیك مثل کراء بغل ذاهبا من الکوفة الی النیل وذاهبا من النیل الی بغداد ومثل کراء بغل من بغداد الی الکوفة توفیه ایاه قال فقلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه قال (ع) لا لانك غاصب قلت ارأیت لو عطب البغل و نفق الیس کان یلزمنی قال - نعم قیمة بغل یوم خالفته - قلت فان اصاب البغل عقر او کسر او دبر قال علیك قیمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه - قلت فمن یعرف ذلك قال انت وهو اما ان یحلف هو علی القیمة فیلزمك وان رد الیمین علیك فحلفت علی القیمة لزمه ذلك - او یاتی صاحب البغل بشهود یشهدون ان قیمة البغل حین اکتری کذا - و کذا فیلزمك فقلت انی کنت اعطیته دراهم ورضی بها وحللنی فقال (ع) انما رضی بها و حللك حین قضی علیه ابو حنیفة بالجور والظلم - الخبر .

ثم ان محل الاستشهاد فیه فقرات ثلاث.

الاولی قوله (ع) - نعم قیمة بغل یوم خالفته - والاحتمالات فی الیوم ثلاثة.

احدها ان یکون قیدا للقیمة - فتکون الصحیحة ح ظاهرة فی ان العبرة بقیمة یوم الغصب وذکر المصنف ره فی تقریب کونه قیدالها وجهین (الاول) اضافة القیمة المضافة الی البغل الیه ثانیا فیکون المعنی قیمة یوم المخالفة للبغل (وفیه) انه ان اراد بذلك اضافة المضاف نفسه الیه ثانیا - فمضافا الی انه لا معنی ح لقوله فیکون اسقاط حرف التعریف من البغل للاضافة - یرد علیه ان الشیء الواحد لا یضاف الی شیئین مرتین - وبعبارة اخری - المضاف الی شیء لا یضاف ثانیا - وان اراد به اضافة مجموع المضاف والمضاف الیه فمضافا الی انه لا یصح قوله - فیکون اسقاط الخ اذ لا دلیل علی انه لابد و ان لا یصدر جزء المضاف بحرف التعریف - یرد علیه ان المجموع

لتضمنه النسبة الاضافية التى هى من الحروف لايضاف اذالمعنى الحرفى لايقع ظرفا وبعبارة اخرى الاضافة من خواص الاسماء و الحرف لايضاف (الثانى) جعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل. والظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف والعامل فيه الاختصاص الحاصل من الاضافة فانه معنى حرفى و العامل لابد وان يكون فعلا اوشبه فعل -- بل مراده قيدية اليوم للقيمة المضافة الى البغل - وهى مضافا الى كونها معنى حدثيا فى نفسها فانها ما يقوم بالشىء من المالية - انه لوسلم كونها معنى جامداً بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا فتدبر (وفيه) ان هذا وان كان لامحذور فيه -- الاان قيدية اليوم لنعم لولم تكن اظهر لاريب فى كونها محتملة و الاحتمال مسقط للاستدلال (الثالث) كون اليوم قيداً للبغل باضافة البغل اليه فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات - فقد يقال كماعن المحقق النائينى ره بان الخبر على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة - اذحيث لايختلف الاعيان باختلاف الايام فبدلالة الاقتضاء لابد وان يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته فى ذلك اليوم (وفيه) انه حيث لاريب فى ان للبغل بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الايام قيما مختلفة ولا كلام ايضا فى ان هذا الاختلاف مضمون فى باب الضمان والخلاف انما هو فى اختلاف القيم المستند الى اختلاف السوق والرغبات -- فيمكن ان يكون يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حالكونه قويا فان التعب والهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لالخصوصية فى ذلك اليوم وهذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف او يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى وقت التلف او يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الاداء او وقت التلف فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح اجنبيا عن ماهو المقصود (الرابع) كون اليوم قيداً لقوله ﷺ نعم الذى هو فى قوة قوله يلزمك اويكون لفظ يلزمك مقدرا بعده فيكون اليوم ح وعاء توجه التكليف فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيحة - واورد على هذا الاحتمال بوجهين (الاول)

مافاده المحقق الايروانى ره وهو ان العين مادامت قائمة لايتوجه التكليف الى اداء القيمة فيوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لايوم الغصب (وفيه) ان نعم - جواب عن السؤال وهو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف فيكون ظاهراً فى لزوم اداء القيمة على تقدير التلف - ومعلوم ان هذا التكليف التعليقى انما يتوجه من حين الغصب (ثانيهما) مافاده المصنف ره وهو ان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان - فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته (وفيه) اولا ان السائل لم يقل مايلزمنى كى يكون ظاهرا فيماذكر بل قال اليس كان يلزمنى فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذى هو المسؤل عنه اصل اللزوم فكيف يجعل السؤال عما يلزمه. وثانيا انه لوسلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة اوغيرها فجوابه (ع) ناظر الى ذلك (فتحصل) انه لامانع من تعلق الظرف بنعم .

ثم انه ربما يقال كما عن المحقق النائينى ره - بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الامر بالالتزام لابالمطابقة - اذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين فى العهدة لكان ذكر القيمة بلاموجب اذ مالية المال اذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم لانه لايعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا و يقدر قيمة يوم مابعد المخالفة ( وفيه ) ان التكليف المتوجه باداء القيمة فى يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجيزيا بل هو تكليف تعليقى و هو لزوم اداء القيمة على فرض التلف فزمان فعلية الالزام وتنجزه زمان التلف لايوم المخالفة (فتحصل ) مما ذكرناه ان محتملات هذه الفقرة ثلاثة - وعلى الاول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة ولاتدل على ذلك على الاخيرين.- وحيث انه اذا لم ندع ظهورها فى الاحتمال الثالث فلاريب فى كون احتماله مساويا لغيره - فلايبقى مورد للاستدلال بهذه الفقرة.

الفقرة الثانية قوله عليه السلام ويأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا ـ وتقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ماافاده المصنف ره فى المتن ـ وهو ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه لعدم الاعتبار به فلامحالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناءاً على انه يوم المخالفة لان الظاهر من الخبر مخالفيه للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج ومعلوم ايضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة (وفيه) ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا فى هذا الباب انما هو وجود المكارين حينه دون ساير الاوقات وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف او يوم الاداء من جهة عدم الاختلاف فى مدة خمسة عشر يوما ايضا كما سيصرح هو قده به ويؤكد ذلك ان الظاهر من الفقرة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها بحيث لو علم قيمته فى يوم ارتفع الاشتباه (مع) انه لو سلم الاختلاف ـ بما ان هذه الفقرة غير واردة لبيان حكم شرعى بل فى مقام بيان موضوع عرفى كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية ـ فيمكن ان يقال انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذا عينت قيمة البغل فى يوم المخالفة معرفة قيمته فى يوم الاداء سهلة كما لا يخفى (فتحصل) ان هذه الفقرة ايضا لاتدل على خلاف ماتقتضيه القواعد.

الفقرة الثالثة ـ قوله عليه السلام فى جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده ـ و ملخص القول فيها ـ انه بناءاً على وجود اليوم فى الرواية ـ المحتملات فيها اربعة . (احدها) رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلى فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده ويعتبر زيادته حال رد العين ـ وعلى هذا فهى اجنبية عن المقام وغير متعرضة لهذا الحكم ـ واورد عليه بايرادين (الاول) ماافاده المصنف ره وهو ان العيب قد يرتفع او ينقص يوم الرد

ولازم هذا الوجه ان لايوجب ضمانا فى الصورة الاولى وان لايوجب الضمان بالنسبة الى ماحدث منه وارتفع فى الثانية مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك (و فيه) ان المسألة خلافية وفيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن ومالم يكن كذلك كوصف الصحة (الثانى) ماافاده المحقق النائينى ره وهو ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر وهو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل ولايمكن اشراب معناه فيه (وفيه) ان الجوامد على قسمين قسم لايتقدر بالزمان وقسم يتقدر به والاول لايتعلق به الظرف - و الثانى لامانع من تعلق الظرف به و المقام من قبيل الثانى . ( ثانيها ) رجوعه الى قوله ﷺ عليك فلاتعرض فيها ليوم هذه القيمة ( واورد) على هذا الاحتمال ان التكليف باداء الارش والضمان انمايكون فى يوم حدوث العيب لايوم الرد وان اريد به يوم رد البغلة (وفيه) انه بناءاً على المختار من ان العبرة فى القيميات بقيمة يوم الدفع هذه الفقرة على هذا الوجه تدل على ذلك فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه فى العهدة بل انما يكون عهدته بتبع عهدة العين فاذا خرجت العين عن العهدة بادائها الاعين فى العهدة ليقال ان صحيحها كذا ومعيبها كذا وليس على الضامن الاعهدة مابه يتفاوت صحيحها حال كونها فى العهدة فلا محالة يكون المعيار فى مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين فتدبر فانه دقيق . (ثالثها) رجوعه الى القيمة .. وارادة رد الارش من قوله يوم ترده .. ويدفع هذا الاحتمال ان مرجع الضمير ح ان كان قيمة مابين الخ لزم تأنيثه - وان كان مابين - لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الاعلى الماخوذ دون بدله - واماماذكره المصنف ره من انه لاعبرة فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا - فيرد عليه ان المسألة خلافية وقد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد وقد افتى بذلك جمع - مع - انه لوسلم قيام الاجماع عليه فليس هو اجماعا تعبديا .. مضافا الى احتمال الفرق بين العين والنقص (رابعها) رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة . وتقريب دلالتها على المختار من ان العبرة بيوم الرد ماذكرناه فى المحتمل الثانى ( فتحصل ) ان هذه الفقرة مضافا الى انها لادلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الاداء فتدبر.

بقى الكلام فى الصحيح فى جهات ثلاث (الاولى) فى الاشكال الذى اوردوه على قوله ﷺ فى جواب قول السائل ومن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فليزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكترى كذا او كذا فيلزمك والجواب عنه (الثانية) فيما افاده المصنف ره من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف (الثالثة) فى ان الصحيح هل يمكن ان يستدل به على اعلى القيم ام لا .

اما الجهة الاولى فمحصل الا شكال - ان المالك دائماً يدعى الزيادة فقوله مخالف للاصل - فيكون هو مدعيا ووظيفته اقامة البينة - و الغاصب منكرا و وظيفته الحلف او رد الحلف فكيف حكم ﷺ بانه يحلف المالك وان له رد الحلف على الغاصب ثم على فرض كونه منكرا . فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته - واجيب عن الاشكال بوجوه (احدها) انه ﷺ فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة - وقضية البينة على المدعى واليمين على من انكر انما هى فى المخاصمات - وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب فى ذلك - حيث ان السؤال انما يكون عن العارف - واجاب (ع) بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله - او ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة - او يقيم المالك البينة لو لم تعرف انت ولم يعرف هو فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاء (والذى) يوهن هذا الجواب وان ذهب اليه جمع منهم السيد الفقيه و المحققان الاصفهانى والايروانى - قوله (ع) فيلزمك - وقوله لزمه - اذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لا حلف كل احد وان توافق الطرفان عليه اللهم الا ان يقال ان الانسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره (ثانيها) حمل الصحيح على التعبد وجعله مخصصا للقاعدة العامة وهو غير بعيد فى نفسه اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله مالم يرد الحلف عليه وان لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك - والتزم به الشيخ فى محكى النهاية - والمفيد فى محكى المقنعة وعن العلامة نسبته الى الاكثر - وبذلك ظهر ما فى تضعيف المصنف ره هذا الوجه (ثالثها) ان تكون هذه الفقرة فى مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع و

يكون -الحلف وظيفة المالك فى صورة وهى مالو كان قوله موافقا للاصل - والبينة وظيفته فى صورة اخرى وهى مالو كان قوله مخالفا للاصل اختاره المصنف ره (وفيه) ان هذا مناف لظاهر الصحيح بل صريحه فانه صريح فى ورود حلف المالك والغاصب وسماع البينة من المالك كلها على مورد واحد (فتحصل) ان الاوجه فى دفع الاشكال الوجه الثانى ثم الاول.

واما الجهة الثانية فقد افاد المصنف ره فى وجه كون هذه الفقرة مؤيدة للقول بان العبرة بيوم التلف - بعد حملها على الموردين انه اذا كان المعيار يوم التلف يمكن توجيه الاشكال المتقدم بوجه قريب وهو حمل الخبر على موردين متعارفين (وهما) ما اذا اتفقا فى السابق على قيمة البغل وادعى الغاصب نقصانها فى يوم التلف عن قيمته فى السابق - وما اذا اتفقا على انه لم يتفاوت قيمة البغل وانما اختلفا فى السابقة من حيث الزيادة والنقصان - فانه فى المورد الاول يكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للاصل و فى المورد الثانى يكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للاصل - وهذا بخلاف مالو قلنا ان المدار على يوم المخالفة فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل و وظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا - و هو ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللاحق له وادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة ومعلوم انه لايصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر (اقول) يرد عليه امور (الاول) ماتقدم من منافاة حمل الخبر على موردين لظاهره بل صريحه (الثانى) ان غاية مايدل عليه الوجه المزبور انه لاعبرة بقيمة يوم المخالفة واما ان المدار قيمة يوم التلف او يوم الدفع فالخبر اجنبى عنه ح (الثالث) انه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل و تكون تلك الصورة متعارفة و ان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة (وهى) ما اذا اتفقا على قيمة البغل وادعى الغاصب انه كان معيوبا حين المخالفة فان قول المالك بكونه صحيحا موافق للاصل فيكون وظيفته ح الحلف.

واما الجهة الثالثة ففى المتن لم يعلم لذلك وجه صحيح ولم اظفر بمن وجه

دلالتها على ذلك ـ ووجهها المحقق النائينى ره ـ بان قوله (ع) يوم خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان والمفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه ولا موجب لان تكون القيمة ملحوظة فى اول حدوث المخالفة بل اذا فرض قيمة العين اعلى فى يوم من ساير الايام يضمنها الغاصب و ان تنزلت بعد ذلك و لامتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الادنى تحت الاعلى وينحصر فى الاعلى (ويرد عليه) مضافا الى ماتقدم من تطرق احتمالات فى يوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به ـ ومضافا ـ الى ماعرفت من ان المالية ليست مضمونة و داخلة تحت على اليد ـ ان الظاهر من يوم خالفته هو اول يوم حدوث المخالفة .

واما المورد الثانى فقد استدل لان العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص (الاولى) ماورد (١) فى باب الرهن وقد تقدم فى اول هذا التنبيه وعرفت انه لاينا فى مع القاعدة فراجع (الثانية) ماورد فى عبد اعتق بعضه ففى خبر (٢) عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن ابى عبدالله (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال (ع) نعم يؤخذ بما بقى ( منه بقيمته يوم اعتق خ ) ونحوه غيره (وفيه) انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيداً ليؤخذ لاللقيمة وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق وساكت عن ان مابه الضمان هل هو قيمة يوم التلف او يوم الاداء ( فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة كون الميزان قيمة يوم الاداء والدفع .

**( قوله قده ثم انه لاعبرة بزيادة القيمة بعد التلف الخ )** وقد عرفت ان الحق اعتبارها من جهة بقاء العين فى العهدة الى حين الخروج عنها الذى هو مختار جمع من المحققين .

---

١ ـ الوسائل ـ باب ٧ ـ من ابواب احكام الرهن

٢ ـ الوسائل ـ باب ١٨ ـ من ابواب كتاب العتق حديث ٦

## ارتفاع القيمة بسبب الامكنة

**(قوله قده واذا كان بسبب الامكنة ـ فالظاهر عدم اعتبار محل التلف الخ)**

يحتمل فى العبارة وجهان ـ احدهما مع لفظ عدم ـ الثانى بدونه (ومراده) على الاول ان خصوصية المكان من الخصوصيات والاوصاف التى تكون دخيلة فى المالية وتختلف المالية باختلافها وان اختلاف المالية فيها ليس مستنداً الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء ـ وعليه ـ فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التى مرت بها العين لاقيمة يوم التلف (ومراده) على الثانى ان معنى الضمان وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل فى مكان التلف قائم مقامه (ولكن) يرد على الوجه الاول ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة فى المالية بل اصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الطالب بلا دخل للزمان والمكان فى ذلك ـ ويرد على الوجه الثانى ما تقدم من بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء (والصحيح) انه بناءاً على المختار من بقاء العين فى العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين فى محل الخروج (نعم) فى المقام مسألة اخرى وهى انه اذا كانت القيمة فى مكان ازيد من القيمة فى مكان التلف والاخذ ـ هل للمالك ان يطالبها ام لا وقد تقدم الكلام فى ذلك .

## بدل الحيلولة

**( قوله قده ثم ان فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه الخ )** تنقيح القول فى المقام بالتكلم فى جهات (الاولى) انه لا كلام فى الضمان فى صورة تعذر الوصول الى ماله اذا صدق عليه التلف عرفا للادلة المتقدمة ـ وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقا ومفهوما

الواردة فى السرق والضياع ولاحاجة الى نقلها .

انما الكلام فيما اذا لم يصدق عليه التلف عرفا ـ وقد استدل على الضمان بمعنى لـزوم دفع البدل المسمى عندهم ببدل الحيلولة بوجوه (الاول) قاعدة (١) نفى الضرر بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجازله الزام الغاصب بالبدل (وفيه) ان قاعدة نفى الضرر انما تنفى الحكم الضررى وحكم الموضوع الضررى ولا تدل على ثبوت حكم ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق فى محله (الثانى) قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها يكون باداء بدل الحيلولة (وفيه) ان مفاد حديث (٢) على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالته على الضمان ببدل الحيلولة واضح وان كان بقاء العين فى العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين مادامت موجودة وتدارك ماليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف وبعبارة اخرى ما دامت موجودة لايكون اداء بدل الحيلولة اداءاً لها ولذا لا تخرج عن ملك مالكها ولو كان ذلك اداءاً لها كان اللازم خروجها عن ملكه فتدبر (الثالث) ان فى ادائه جمعاً بين الحقين بعد فرض رجوع البدل الى الضامن لو ارتفع التعذر (وفيه) ان الحق الثابت للمالك انما هو بالاضافة الى العين نفسها لابد لها مع بقائها ـ مع ـ انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر و هو الزام الضامن بالشراء بل هذا الجمع اولى كمالايخفى . (الرابع) قاعدة السلطنة (٣) اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه . او بدعوى ـ ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها وبعبارة اخرى للعين شئون ثلاثة من حيث الشخصية ومن حيث الطبيعة النوعية و من حيث المالية و تعذر مطالبة الاولى لايمنع عن مطالبة غيرها ـ او بدعوى . السلطنة على

---

١ ـ راجع الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب

٢ ـ سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ ـ كنز العمال ج٥ ص٢٥٧ .

٣ـ البحار ج١ـ ص١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

مطالبة السلطنة على الانتفاعات بما له-وفي الكل نظر (اما الاولى) فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة ولازمها السعى فى ذلك بالسعى فى مقدماته لا رد البدل ـ و مع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة ـ و الامتناع بالاختيار وان كان لاينافى الاختيار الا انه عقاباً لاخطاباً (واما الثانية) فلان مالية العين القائمة بها اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين و المالية القائمة ببدلها حصة اخرى من المالية ولم يثبت السلطنة على مطالبتها ( و اما الثالثة ) فلان السلطنة على الانتفاعات بماله ساقطة للتعذر (الخامس) انه فوت سلطنة المالك واتلفها فيجب عليه تدارك ذلك(وفيه) ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة بل هى من الاحكام المترتبة عليه فلايتعلق بها الضمان (السادس) اطلاق النصوص المتقدمة ( وفيه) انها ظاهرة اومنصرفة الى صورة صدق التلف عرفا (السابع) الاجماع وهو كما ترى ـ (فتحصل) انه لادليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين (نعم) بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك .

## مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية فى بيان مورد بدل الحيلولة ـ فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يرد بل حال بين العين ومالكها ليس هناك بدل الحيلولة بل يكون الغاصب مكلفاً برد العين. كما انه اذا تلفت العين اوتلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمنة خرجت بذلك عن الملكية كصيرورة الخل خمرا ام لا كما اذا انكسرت المرآة ـ او تلف بعض الانتفاعات فى جميع الازمنة كما لوصار الحيوان موطوءاً فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائماً فى بلد الوطء لافى ساير البلاد - ليس هناك بدل الحيلولة بل مورده ما اذا تلف جميع الانتفاعات فى بعض الازمنة لعدم تمكن الضامن من الرد (ثم ان) مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجى ـ واما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيط المغصوب الذى خيط به

الثوب اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجباً لتلفه ــ او لخلطه بمال آخر فلا يكون مورداً لبدل الحيلولة (ثم انه) لا يعتبر فيه سوى ما ذكر وعليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف ـ اذ ربما يرجى التمكن من العين قريباً و ربما يرجى بعد مضى مدة طويلة ـ و على التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعادة العين وانما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود واما ان لا يتعذر وعلى القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت فى جميع هذه الصور ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة (نعم) اذا كان زمان التعذر يسيراً جداً لا يكون مشمولا لما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة :فى بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه ومن التعذر العرفى ـ قد استدل للاول ( باصالة ) عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذى كان قبل التعذر خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف ( وبانه ) مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين ـ ولا يجتمع التكليف برد العين والبدل ـ وفيهما نظر ( اما الاول) فلان الادلة التى اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته فى مورد التعذر العرفى ايضا ومعه لا مورد للرجوع الى الاصل ( واما الثانى ) فلان مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات (ولكن) الحق فى المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا جدا فلا يكون ثابتا وبين غيره فيكون ثابتا ولا يخفى وجهه ( ثم ان ) السيد الفقيه اورد على المصنف ره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر بل هو نفس الوجه الاخير الذى ايده بان فيه جمعا بين الحقين كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الاول وهو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار (وفيه) ان فى المقام بحثين (احدهما) انه هل يعتبر فى ثبوته اليأس عن الوصول الى الابدام لا (الثانى) فى انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا ــ وبين الجهتين عموم من وجه ــ اذ الياس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا ــ كما ان العلم بوجدانه او رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلى وعلى هذا فلا مورد لايراده.

# الزام المالك باخذ البدل

الجهة الرابعة فى الاحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته ـ وتنقيح القول فيها فى ضمن مسائل(الاولى) ماذكره المصنف ره(**بقوله ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها الخ**) و محصل الكلام انه وقع الكلام فى انه هل يكون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالك باخذه ام ليس له ذلك ـ و قد استدل المصنف ره على الثانى ـ بقاعدة(١)تسلط الناس على اموالهم (وفيه) ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة (فيردعليه) ان بدل الحيلولة ان صار ملكا لـه مع عدم مطالبته فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر فى عدم الخروج عن العهدة بدفعه ـ وان لم يصر ملكا له فلا اضافة له اليه كى يشمله دليل السلطنة ( وان )كان المراد به السلطنة على الامتناع من اخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله وبعبارة اخرى السلطنة على الامتناع من اخذ بدل ماله (فيرد) عليه ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامة يدفعها الضامن وليس بازاء العين فلايزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله ـ وان قلنا له عوضه قهرا فدليل السلطنة لايمنع عنه لاخصية دليله ح من دليلها ( نعم )بناءاً على ان للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك لكنه بمراحل عن الواقع (والحق) فى المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه ـ اذلو كان مدركه قاعدة اليد او اطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن فان حاله ح كحال ساير امواله ـ واما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر ـ او كون ذلك من باب الجمع بين الحقين ـ او الاجماع ـ فللمالك الامتناع من اخذه ـ فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك فى مطالبة البدل ـ كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك وقاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى اخذ بدله فله ان لايطالب ـ والمتيقن من الاجماع صورة المطالبة ( **قوله قده فكذا خروجه عن التقويم الخ** ) الظاهر كـون الخروج عن

---

١ـ البحار ج٢ ـص٢٧٢ الطبع الحديث

التقويم من التلف الحقيقى اذ المراد بالتلف هنا تلف المالية .

## فی ان بدل الحیلولة ملك للمضمون له او مباح

المسألة الثانية - فی ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له او مباح - فقد استدل للثاني بوجهين (الاول) ماذكره المصنف ره ومحصله ان الفائت بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين - فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين لان معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن ولازم ذلك فيما اذاكان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه فى السلطنة لا فى الملكية ليكون مقابلا وتداركا للسلطنة الفائتة فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة وحيث ان السلطنة على الانتفاعات لاتقتضى الملك من اول الامر عنده قده - فلذا اختار الاباحة لولا الاجماع ( اقول ) اما ان الاباحة المطلقة هل تقتضى الملك من اول الامر املا فقداشبعنا الكلام فيه فى المعاطاة (واما) ان ادلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك او الاباحة فالحق هو التفصيل اذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك ازيد من الاباحة ولو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك (اذ) قاعدة اليد تدل على كون المبذول بدلا عن مالية العين - كما ان قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة مالية ماله تقتضى ذلك اذ مع عدم الملك لايكون اعتبارها اعتبار مالية ماله بل اعتبار مالية غير ماله - وقاعدة نفى الضرر ايضا تقتضى ذلك - فان ضمان القيمة هناك كضمانها فى صورة التلف وقاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البدل لان عدمه ضررى ( الثانى ) انه حيث تكون العين باقية على ملكه فلو ملك البدل لزم منه الجمع بين العوض والمعوض (وفيه اولا) انه سيأتى الكلام فى ان العين تنتقل عنه املا (وثانيا) انه يمكن ان يقال ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة فتأمل (ثم ان) هذا كله فى غير صورة التلف العرفى - واما فى تلك الصورة فلا ينبغى التوقف فى الملكية للادلة الدالة على ثبوت البدل فيها

المتقدمة فتدبر .

## فی ان العین هل تنتقل الی الضامن ام لا

المسألة الثالثة ـ فی ان العین هل تنتقل الی الضامن ام لا ـ اقول لا اشكال فی عدم الانتقال بناءاً علی عدم صیرورة البدل ملكا للمالك ـ واما بناءاً علی الملكیة ففی موارد التلف الحقیقی او العرفی لا كلام ایضاً فی خروجه عن ملكه اما فی الاول فواضح واما فی الثانی فلان الملكیة من الاعتباریات والاعتبار انما یكون بلحاظ الاثر وبدونه لغو فلا یكون هناك اعتبار الملكیة ـ واما فی غیر ذینك الموردین ـ فقد اضطرب فیه كلمات الاعلام غایة الاضطراب ومحصل القول ان فی المسألة وجوها واقوالا ـ احدها ـ ان الضامن یملك العین التی ادی عوضها مطلقا ـ الثانی ـ انه لا یملكها كـ ك ـ الثالث ـ ما مال الیه المصنف ره وهو عدم الملكیة فیما اذا كان الفائت معظم الانتفاعات ـ والملكیة فیما اذا لم یكن الفائت الا بعض ما لیس به قوام الملكیة (والاظهر) هو الاول ـ وذلك لوجهین (الاول) ان اهل العرف یفهمون من الامر بدفع البدل حصول المعاوضة و المبادلة بین العینین وصیرورة كل منهما ملكا للاخر وبدلا عنه (الثانی) ان مقتضی عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع فرض عدم التلف وبقاء مقدار من المالیة للمتعذر لو حكم الشارع بتدارك مالیته بتمامه بعنوان تدارك ما فی العهدة وبعنوان انه اداء للمتعذر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه وحیث ان كون المتعذر من المباحات الاصلیة لم یقل به احد فلا بد من البناء علی صیرورته ملكا للضامن ـ واستدل للثانی (بمنع) تلك الاستفادة والفهم العرفی من ادلة الضمان (وبان) التكلیف باداء البدل یمكن ان یكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلیة والغرامة لا تقتضی كون العین ملكا للضامن فان العین التالفة یضمن الضامن قیمتها ولا تكون ملكا له وبالجملة الغرامة سادة للثلمة التی وردت علی ملك المالك فلا یقتضی لزومها علی الغارم دخول العین فی ملكه لانها لیست بدلا عن نفس العین (وفیه) انه مع بقاء العین علی مقدار

من المالية سداً للثلمة لايكون باعطاء كمال القيمة فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لابعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك مافي العهدة يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها في ملك الضامن ( واستدل للثالث ) بانه مع فوات معظم الانتفاعات لامحالة يكون اداء القيمة غرامة وهي لاتقتضي انتقال العين الى الغارم - واما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لايقتضي اداء تمام القيمة فالامر باداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية (وفيه) ان ماذكره في الشق الاول يتم في صورة التلف العرفي و اما في غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت ( فتحصل ) ان الاظهر صيرورته ملكا للضامن .

**( قوله قده لان القيمة عوض الاوصاف والاجزاء الخ )** بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها بلحاظ الاوصاف فتدبر (ثم ان) ظاهر هذه العبارة انه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين الى الضامن و هذا وان كان حقا الا انه ينافي ماتقدم منه ره حيث قال وعلى اى حال فلا تنتقل العين الى الضامن فهي غرامة لاتلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه .

**( قوله قده قال في شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ولو طلب المالك نزعها الخ )** احتمل في هذا المورد وامثاله امور (منها) ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله (ومنها) اشتراك مالك الثوب ومالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة (ومنها) كونها من موارد التلف (والاظهر) هو الاخير اذ قيمة الثوب وان زادت بالخياطة الا ان زيادتها ولو مقدارا منها ليست بازاء الخيوط وان صارت هي سببا لازدياد قيمة العين - وقد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة - بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف فيكون الغاصب ضامنا لقيمة الخيوط - وقد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن - وعليه فلايجب نزعها وان طلبه المالك وتجوز الصلاة في هذا الثوب المخيط كما افتى به في محكى

مجمع البرهان واستجوده صاحب الجواهر ره .

( **قوله قده بل الامر بردها مجرد تكليف لايقابل بالمال الخ** ) ولعل الوجه فى وجوب الرد فى المقام مـع عدم شمول الادلة لان موضوعها المال وماله عهدة مالية والمفروض خـروج المغصوب عن ذلك وكونه غير مال ـ اطلاق قوله(١) ﷺ لان الغصب كله مردود ـ فتدبر .

( **قوله قده امكن سقوطه الخ** ) لحديث لا ضرر ـ اللهم الا ان يدعى ان مادل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالية المال فلا يرفع حكمه بحديث لاضرر ولعله اشار الى ذلك بامره بالتأمل ـ الا ان الشأن فى مدرك هذه العبارة .

( **قوله قده فلاتنافى ماتقدم عنه سابقاً الخ** ) لان عدم وجوب الرد فى المقام انما هو لاجل المانع لالعدم المقتضى وهو الملكية .

# حق الاولوية

( **قوله قده ثم ان هناقسما رابعا وهو مالوخرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الاولوية الخ** ) الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات ـ الاولى ـ فى بقاء حق الاولوية بعدزوال الملكية ـ وقداستدل له بامور (الاول) ـ ماافاده المحقق النائينى ره وغيره وهو ان الحق ليس امرا مغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهى حاصلة للمالك ومحفوظة فى جميع الحالات المتواردة على الملك (وفيه) ان الملكية والحق من الاعتباريات الشرعية والعرفية لامن المقولات والاعتبار لااشتداد فيه ولاحركة ـ وكل من الملك والحق اعتبارى غير الاخر (الثانى) ان حق الاولوية من آثار الملك فمع زواله غاية الامر يشك فى ارتفاعه فيستصحب بقائه (وفيه) ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفى من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير

---

١ـ الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب الغصب حديث ٣

حق الاولوية مع ان لازم كونه اثراله ارتفاعه بارتفاعه وبالجملة حق الاولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك (الثالث) انه قددل الدليل ان على المالك احق بماله ـ فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك ـ ولوشك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (وفيه) ان مادل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف فى ماله من غيره وهذا غير ثبوت حق الاولوية (الرابع) الاجماع (وفيه) انه ليس تعبديا ولعل مستند المجمعين ما تقدم (فالصحيح) ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلائية وبناء العقلاء على ذلك واظن انه لاريب فى بنائهم عليه وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضائه لذلك (الجهة الثانية) فى وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن ـ اقول بناءاً على ثبوت حق الاولوية لا شك فى وجوبه فانه كما يجب رد الملك يجب رد ماهو متعلق الحق ولوشك فى وجوب رد متعلق الحق فهل يجرى استصحابه نظراً الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية فالموضوع عند العرف يكون باقيا ـ ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية ـ وجهان اظهرهما الاول ـ واما بناءا على عدم ثبوته فجريان الاستصحاب وعدمه مبنيان على ماتقدم (الجهة الثالثة) فى انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك او الضامن والاظهر هو الثانى ـ لاقتضاء الغرامة ذلك ولبناء العقلاء عليه ـ فالضامن احق من غيره .

## حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة فى حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة ـ فعن العلامة ره و بعض آخر ضمان المنافع ورجحه فى موضع من جامع المقاصد ـ والظاهر ان المشهور بين الاصحاب العدم ـ وهو الاظهر ـ اما على مااخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكاً للضامن فواضح واما على المسلك الاخر ـ فلانه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادى ماليتها فليس له بعد ادائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من

ادلة الضمان فلاشیء يقتضى الضمان ( نعم ) اذا وضع يده عليه ثانيا او على نمائها حصل الضمان - وبالجملة - بعدخروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالاضافة الى ذلك الملك حال غيره من الاجانب وعليه فكون النماء حادثاً فی ملك المالك لايقتضى ضمانه - كما ان اليد السابقة التى خرج عن عهدتها لاتقتضى ذلك فالاظهر عدم الضمان ( واستدل ) للقول الاخر بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكه وارتفعت ماليته وقيمته فالضامن كمايكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه - يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك - و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا - فيجب تداركها (وفيه) ان هذه الحيلولة ليست حيلولة اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة والمفروض انه خرج عن عهدتها .

( **قوله قده الحاصل بعدالتعذر وقبل الدفع الخ** ) قد عرفت ان مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع ايضا . وعلى فرض الالتزام بالانتقال واشتغال الذمة بالقيمة عند التلف الذى هو مبنى عدم ضمان الارتفاع بعد التلف نلتزم به فی المقام من حين التعذر فانه من اول تحقق التعذر لايكون مكلفا برد العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين الى القيمة فتدبر.

## اذا ارتفع التعذر يجب رد العين

المسألة الخامسة - قال قده ( **ثم انه لااشكال فی انه اذاارتفع تعذر رد العين وصار ممكنا وجب ردها الخ** ) وقد استدل على ذلك بوجوه (الاول) ما فی المتن وهوان مقتضى (١) عموم على اليد ما اخذت المغيى بالاداء هو ذلك(وفيه) انه انقلنا بالملكية اى العين بدفع الغرامةتصير ملكا للضامن فلا موضوع لعلى اليد وان قلنا ببقائها على ملك المالك - فيرد عليه انه على الفرض حيث خرج عن عهدة العين بدفع البدل واداء المالية فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه

١- سنن بيهقى ج٦ - ص٩٠ - كنزالعمال ج٥ ص ٢٥٧ .

ثانيا ( ودعوى ) ان العموم المزبور يدل على تعهد الاخذ بالعين تداركا وردا ودفع الغرامة انما يكون تداركا للمالية - وانما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلي واذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الاخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين ولعله الى هذا يشير قوله قده ودفع البدل لاجل الحيلولة الـخ ( مندفعة ) بان على اليد انما يدل على كون المال الماخـوذ في العهدة ما لم يؤد فاذا فرضنا كون دفع البدل اداءاً فلا وجه لوجوب الاداء ثانياً - وبعبارة اخرى انما يجب دفع البدل من جهة كونه اداءاً ومعه لا وجه لوجوبه ثانيا - وان شئت قلت انه لا يدل على وجوب الرد تكليفا وانما يدل على الضمان خاصة ( الثاني ) ما في المتن ايضا وهو استصحاب وجوب الرد . (وفيه) انه ان اريد به استصحاب الوجوب التنجيزي فيرد عليه انه ارتفع بالتعذر فلا وجه لاستصحابه وان اريد استصحاب الوجوب التعليقي فيرد عليه ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعا بل هو شرط عقلي في كل واجب فلا يكون الوجوب بسببه تعليقيا - اللهم لا ان يقال - انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعا فلا محالة يصير الوجوب تعليقيا ولا مانع من استصحابه في المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقي وان قلنا بانه شرط عقلي بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى وان كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب الوجوب التنجيزي في المقام وعليه (فالحق) ان يورد على هذا الاصل بانه مع الخروج عن عهدة العين لا يجب ردها تكليفا لاختصاص الادلة بصورة بقاء العهدة (الثالث) ما افاده السيد قده و المحقق النائيني ره وحاصله - ان البدلية المفهومة من الادلة انما هي بدلية مادام التعذر و موقتة فاذا ارتفع التعذر يعود كما كان (وفيه) انه في موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائميا بمقتضى اطلاق النصوص وفي موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الادلة من على اليد و غيره كون دفع البدل في حال التعذر اداءاً للعين وخروجا عن عهدتها لا مادام متعذرا وبعبارة اخرى التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجودا وعدما - ولو شك في ذلك لكفى الاستصحاب في بقاء البدلية (الرابع)

الاجماع ـ وهو كماترى ( فالصحيح ) ان يستدل له ببناء العقلا بدعوى ان بنائهم على العود فى امثال المقام ممايكون البدل لامن باب الابراء عن الخصوصية اوالمعاوضة الشرعية بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية كون المتنازل هو المالك او الشارع ولاية عليه فتدبر فانه دقيق (وبما ذكرناه) يظهر وجه عود الغرامة الى الضامن بعد ارتفاع التعذر (نعم) يمكن ان يقال ان بناء العقلاء فيها انما يكون مع مطالبة مالك العين واما بدونها ورضاء المالك بعدم رد العين لابناء منهم على عود الغرامة ففى الحقيقة يكون العود بالنسبة الى المالك باختياره ـ وبالنسبة الى الضامن لاباختياره بل باختيار المالك .

(قوله قده فان الغرامة عوض السلطنة الخ) وفيه ان الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة اى امكان وضع اليد على العين ولو بواسطة قدرة الغاصب ـ لاعن السلطنة الفعلية ولذا لو كان الغاصب من الاول قادرا على الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا .

(قوله قده ولذا يباح لغيره بمجرد بذل الخ) مراده ان البدل لو كان بدل السلطنة على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولى فان له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب ـ فان المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة وهى له مع انه لايباح له الغرامة بلا كلام فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها (وفيه) ان المدعى كونها بدلا عن السلطنة على مطالبة المالك لماله لينتفع به لا مطلق السلطنة على المطالبة .

(قوله قده ومما ذكرناه ظهر انه ليس للغاصب حبس العين الخ) ماذكره ره اولا من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لامورد لحبس الغاصب العين اذ مالم يرد العين لايستحق الغرامة فكيف يجوز له حبسها لاجلها وان كان تاما ـ الا ان الاظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناءاً على عود الغرامة الى الغاصب كانت الغرامة بدلا عن العين او السلطنة ـ اذ جواز الحبس حكم تعبدى ثبت فى المعاملات وفى غيرها لادليل عليه ـ فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس وعدمه مدار كون العين عوضا او معوضا ـ غير تام .

# الكلام فى شروط المتعاقدين

## عقد الصبى

(قوله قده مسألة المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبى الخ)

اقول معاملة الصبى تتصور على وجوه (الاول) كونه مستقلا فيها كان ذلك فى امواله او فى اموال غيره اذن الولى ام لم يأذن (الثانى) ما اذا اذن الولى مع كون المعاملة مستندة اليه ويكون من قبيل الوكيل المفوض (الثالث) كونه آلة محضة بمعنى كون المعاملة معاملة الولى ان كانت فى امواله و معاملة الموكل ان كانت فى اموال غيره ويكون الصبى منشئاً فقط - ومرجع منعه عن التصرف على النحو الاخير الى كون قصده للانشاء كلاقصد ومن قبيل بيع الهازل والنائم (ثم ان) محل الكلام هو الصبى المميز و اما غير المميز فلا اشكال فى بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمدلول العقد (والمصنف) ره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا ومورد استظهاره منها استثنائه ايصال الهدية واذنه فى دخول الدار من التصرفات التى ادعى الاجماع على محجوريته فيها . مع انهما ليسا من التصرفات القولية او الفعلية فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (اقول) يرد عليه قده ان عدم حجية فعله فى الاول وقوله فى الثانى فى حكايتهما بالتصرف فى مال الغير باخذ الهدية والدخول فى الدار لايقتضى عدم العبرة بقصده للانشاء لرجوع ذلك الى عدم تصديق الصبى كالفاسق فاستثنائهما لايكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله - وبعبارة اخرى - استثنائه اياهما من كون الصبى محجورا عليه شرعا يقتضى حمل كلامه ره على ارادة الايصال والاذن الذين هما من التصرفات الشرعية لا الآلية المحضة فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل او قوله الكاشفين عن اهداء المالك و اذنه فى الدخول ولا كلام فى ان هذا التصرف تصرف استقلالى للصبى و

لیسامن قبیل اجراء الصیغة ـ وعلی هذا فثبوت الشهرة و الاجماع علی بطلان عقده بالمعنی الاخیر محل نظر بل منع و کیف کان فلابد من التکلم فی الادلة .. والکلام فیها یقع فی مقامین .. الاول .. فی ادلة المنع ـ الثانی فی ادلة الجواز ( اما الاول ) فقد استدل له بامور .

الاول الایة الشریفة(١) وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم. وتقریب الاستدلال بها علی المنع ـ ان الظاهر من الایة الشریفة من جهة جعل البلوغ غایة الابتلاء والامتحان. وغیر ذلک من القرائن کون جواز الدفع مشروطا بشرطین البلوغ والرشد فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة او الصباوة و لیس ذلک الا من جهة حجره فی تصرفاته ـ بل المراد من عدم الدفع ذلک (فان قلت) ان ظاهر الایة الشریفة من جهة الامر بالدفع وجوب الدفع بعد البلوغ و الرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلک وهذا یلائم مع الجواز فلاتدل الایة علی عدم الجواز (قلت اولا) انه لوجاز الدفع لوجب لعدم جواز امساک مال الغیر ـ فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلک ووجوب حفظ امواله وعدم رده الیه (و ثانیا) ان هذا الامر لوروده مورد الحظر والمنع لا یستفاد منه الوجوب فدلالة الایة الشریفة علی محجوریة الصبی فی الجملة لا کلام فیها (انما الاشکال) فی انها هل تدل علی المنع عن التصرفات مستقلا بالمعنی الاول خاصة ام تدل علی المنع عنها بالمعنی الثانی ام تدل علی الغاء تصرفه بالمرة ( اقول) الظاهر هو الوسط ـ فان الایة من جهة توجیه الخطاب فیها الی الولی وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ تدل علی عدم استقلال الصبی فی معاملاته فی امواله وان اذن له الولی. ولکنها لاتدل علی جعل انشائه کلا انشاء مع عدم کون التصرف تصرفا له بل من تصرفات ولیه و کون البیع بیعه مثلا فالایة تدل علی عدم نفوذ مایعد تصرفا له ولو مع اذن الولی. وهی وان اختصت باموا له الا انه یکفی فی منعه عن التصرفات فی مال غیره عدم القول بالفصل.

الثانی حدیث (٢) رفع القلم عن الصبی. الذی رواه فی محکی الخصال عن ابن

---

١ ـ النساء ـ الایة ٦

٢ ـ الوسائل ـ باب ٤ ـ من ابواب مقدمة العبادات ـ حدیث ١١

الظبیان عن امیر المؤمنین علیه السلام فی سقوط الرجم عن الصبی - اما علمت ان القلم یرفع عن ثلاثة عن الصبی حتی یحتلم الحدیث وروی (١) عن قرب الاسناد عن علی علیه السلام فی سقوط القصاص والدیة فی ماله وقد رفع عنهما القلم وفی موثق (٢) عمار عن الصادق علیه السلام عن الغلام متی یجب علیه الصلاة قال علیه السلام اذا اتی علیه ثلاث عشر سنة فان احتلم قبل ذلک فقد وجبت علیه الصلاة وجری علیه القلم الحدیث ونحوها غیرها - وعن الشیخ فی المبسوط فی مسألة الاقرار ان مقتضی رفع القلم ان لا یکون لکلامه حکم - واورد علیه بایرادات (احدها) ما فی المتن وهو ان الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحکام (وفیه اولا) انه لا شاهد لهذا الحمل بل الظاهر منه قلم جعل الاحکام ولا اقل من الاطلاق (وثانیا) ان مورد بعض هذه النصوص القصاص وثبوت الدیة وهما لیسا من قبیل المؤاخذة علی مخالفة التکلیف بل من قبیل الحکم الوضعی (وثالثا) ان المراد لو کان رفع فعلیة المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق فیکون مقتضاه العفو کان ذلک مما یقطع بخلافه - وان کان المراد رفع الاستحقاق فهو لا یصح الا مع رفع الحکم الذی هو منشأ هذا الحکم العقلی (ثانیها) ما فی المتن ایضا وهو ان المشهور علی الالسنة ان الاحکام الوضعیة لیست مختصة بالبالغین فلا مانع من کون عقده سببا فعلیا للوجوب التعلیقی ای وجوب الوفاء بعد البلوغ ویکون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلی المنجز (وفیه) ان ما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع فی حقه فی الجملة فی قبال عدم ثبوت التکلیف اللزومی بقول مطلق لا ثبوت الاحکام الوضعیة فی حقه مطلقا کیف وقد اشتهر بینهم بطلان عقد الصبی (ثالثها) ما فی المتن ایضا وهو انه لو سلمنا اختصاص الاحکام الوضعیة ایضا بالبالغین لکن لا مانع من کونه جزء السبب للملکیة بعد البلوغ بان یکون الجزء الآخر البلوغ ومع ذلک لیس للطرف الآخر نقض العقد لکون العقد موضوعا لوجوب الوفاء وان لم یؤثر فی الملکیة کما فی معاملة الفضولی مع الاصیل فانه

---

١- الوسائل - باب ٣۶ - من ابواب القصاص فی النفس حدیث ٢

٢- الوسائل - باب ۴ - من ابواب مقدمة العبادات - حدیث ١٢

يجب على الثانى الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية ـ و بهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائينى ره عليه بانه لايمكن التفكيك فى الآثار بين البالغ وغيره اذلو افاد عقد الصبى الملكية فلايمكن ان لايؤثر فعلاو يصير ذااثر بعد البلوغ (وفيه) انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لاسبيل الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر (رابعها) ماافاده المحقق الايروانى ره وهو ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكاليف الالزامية وذلك بقرينة الرفع فان مناسب مادة الرفع رفع مافى حمله كلفة و ثقل و مشقة وليس ذلك الا فى الاحكام اللزومية (وفيه) انه يصح اسناد الرفع الى كل مايصح اسناد الوضع اليه لانهما متقابلان فلا وجه للاختصاص ببعض الاحكام (خامسها) ماافاده المحقق الايروانى ره ايضا . وهو ان تأثير الانشاء فى حصول عنوانه المنشأ كالبيع تأثير تكوينى فى امر اعتبارى فيكون كتأثير سيفه فى القطع و هذا لايرفعه حديث الرفع وامارفع الآثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنوان المتولد على ان لايكون البيع الحاصل بانشائه محكوما باحكام البيع فذلك فى البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه و معلوم بالقطع ان حديث الرفع لايرفع الا احكاما مترتبة بلاواسطة على فعل الصغير لااحكاما مترتبة عليه حتى مع الواسطة (وفيه) ان تأثير الانشاء فى حصول العنوان ليس تكوينيا بل هو جعلى غاية الامر حصوله فى نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية وان كان حصوله فى نظر العاقد غير متوقف عليه (وبالجملة) قدمر فى اول الكتاب ان فى البيع مثلا يعتبر البايع والمشترى الملكية ويتحقق ذلك فى اعتبارهما ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا والافلا و كذلك بالاضافة الى الشارع فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الاقدس لايعتبر الملكية ولايكون العنوان متحققا فى اعتباره وهذا لايستلزم شيئا من المحاذير المتقدمة .

ثم ان المحقق النائينى ره اختار دلالته على بطلان عقد الصبى حتى بالمعنى الثالث ـ بدعوى انه يدل على كون الصبى مسلوب العبارة فان الظاهر من قوله (ع)

رفع القلم عنه ماهو المتعارف بين الناس والدائر على السنتهم من ان فلانا رفع القلم عنه ولاحرج عليه واعماله كاعمال المجانين فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم ورفع عنه ماجرى عليه القلم فلا ينفذ فعله ولايمضى عنه فان ماصدر عنه لاينسب اليه. (اقول) انه يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبى - و لازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث فان العقد الصادر من الصبى باذن الولى له نسبتان نسبة الى الصبى ونسبة الى الولى غاية الامر نسبته اليه انما تكون بالتسبيب ولا منافاة بين عدم نفوذ ماهو عقد الصبى بالمباشرة و نفوذ ماهو عقد الولى - اذ القلم رفع عن الصبى لاعن الولى هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبى مع كونه مجرى الصيغة خاصة و كون طرف المعاملة عند العرف هو الولى والا فعدم دلالته على سلب عبارته اوضح .

الثالث - النصوص(١) الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز امر الصبى فى البيع والشراء - وتقريب الاستدلال بها - انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه و شرائه حتى مع اذن الولى فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير ( واورد عليه ) المحقق النائينى ره بانها فى مقام بيان ان الاحتلام شرط فى نفوذ امر الصبى وليست فى مقام بيان عدم نفوذ امره قبله ولو مع اذن الولى ( وفيه ) ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله - و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى و عدمه ( و الحق ) ان يقال ان دلالتها على بطلان عقد الصبى بالمعنيين الاولين لاتنكر الا انها لاتدل على البطلان بالمعنى الاخير - اذلو كان الصبى مجرى الصيغة خاصة لايستند البيع والشراء اليه وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه - فالبيع انما يكون بيع الولى - اوالموكل - و الامر امره - و مجرد الصيغة لايكون موضوع النفوذ و عدمه - ولو تنزلنا عن ذلك فلااقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبى - و نسبة الى الولى او الموكل - فلا

---

١- الوسائل باب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه - وباب ٢ من ابواب كتاب الحجر .

مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثانى كما تقدم .

**(قوله قده ويشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار الخ)** وجه الشهادة ان السفيه ليس مسلوب العبارة فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم استقلاله فى التصرف (وفيه) انه لو كان مفاد هذه الاخبار بحسب ظواهرها عدم نفوذ امر الصبى ولو فى اجراء الصيغة خاصة هذا الاستثناء لاينافيه بل غاية ما هناك كنا نقول ان هذه الاخبار تدل بالاطلاق على كونه ايضا مسلوب العبارة الا ان الدليل دل على خلاف ذلك فلا يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر لو كان والافلا مانع من الالتزام بكونه ايضا مسلوب العبارة .

**(قوله قده وكذالو اوقع ايجاب النكاح اوقبوله لغيره باذن وليه الخ )**

وفيه انه بناءاً على ما ذكرناه فى معنى هذه النصوص لاحاجة الى اذن الولى فى ماذا صار وكيلا عن الغير فى معاملة خاصة لعدم كون المعاملة ح امر الصبى فتدبر .

الرابع النصوص المتضمنة لكون عمد الصبى خطاء كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عمد الصبى وخطاه واحد و تقريب الاستدلال بها انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد والعمد لاتترتب على افعال الصبى وان اعماله عن قصد كالاعمال الصادرة عن غيره بلاقصد فعقده كعقد الهازل والنائم - اقول يقع الكلام فى جهتين (الاولى) فى انه هل تدل الاخبار على ان قصد الصبى كلاقصد - ام تدل على ان عمده اى الفعل الصادر عن عمد خطاء اى حكمه حكم الفعل الخطأى - ظاهر الاخبار بل صريحها هو الثانى -مع- ان حملها على الاول مستلزم لتخصيص الاكثر اذ لازمه صحة صلاته لو تعمد بالتكلم وايجاد غيره من الموانع وصحة صومه لو اكل من الصبح الى الغروب و انه لو حاز شيئا لايملكه و يجوز اخذه منه و غير ذلك من الاحكام التى لامناص عن الالتزام بخروجها عنها بناءاً على هذا المعنى ( الثانية ) فى انه على المعنى المختار هل يعم النصوص باب المعاملات

١- الوسائل - باب ١١ -من ابواب العاقلة من كتاب الديات حديث ٢

ام تختص بباب الجنايات و جهان اقواهما الثانی ـ و ذلک لوجهين ( الاول ) ان العمد و الخطاء انما يتصوران فی الامور التی لها واقع محفوظ وذلک الامر قد يترتب علی سببه قهراو آخر عن قصد و الامور المتوقف تحققها علی القصد کالعقود و الايقاعات حيث انها لاتتحقق بدون القصد فلايتصور فيها الخطاء اذلو قصدها تقع و الافلا لاانها تقع خطئاً (الثانی) ان تنزيل شیء منزلة آخر انما يصح اذا کان للمنزل عليه اثر ليکون التنزيل بلحاظه . کمافی القتل فان اثر الخطأی منه کون الدية علی العاقلة واماما لا حکم لخطأه کباب المعاملات علی فرض تسليم الخطاء فيها فلايصح فيه هذا التنزيل و بعبارة اخری انها تدل علی وحدة حکم عمد الصبی وخطاه و هذا انما يصح فيما کان لکل منهما حکم يخصه فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد فی خصوص الصبی و معلوم ان تعدد حکم العمد و الخطاء واختلافهما فی الحکم انمايکون فی خصوص باب الجنايات .

ثم ان السيد قده فی الحاشية ذکر وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب الجنايات (احدهما) ان فی ذيل بعض (۱) تلک النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة او ـ جعل الدية علی قومه ولاريب فی ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنايات وهی تکون قرينة علی غيرها (وفيه) انه لاوجه لحمل المطلق فی المقام علی المقيد لکونهما مثبتين (ثانيهما) ان النصوص غير المذيلة بما ذکر انما تکون مطلقة لا عامة والقدر المتيقن منها باب الجنايات (وفيه) ان القدر المتيقن لايمنع عن التمسک بالاطلاق فالصحيح ماذکرناه .

ثم ان المصنف ره بعد مااشکل علی دلالة حديث رفع القلم علی بطلان عقد الصبی ـ قال بل يمکن بملاحظة بعض ماورد من هذه الاخبار فی قتل المجنون والصبی استظهار المطلب من حديث رفع القلم ـ وهوما (۲) عن قرب الاسناد بسنده عن ابی

---

۱ـ الوسائل ـ باب ۱۱ ـ من ابواب العاقلة ـ حديث ـ ۳ـ۵ـ وباب ۳۶ ـ من ابواب القصاص فی النفس .

۲ـ الوسائل ـ باب ۳۶ ـ من ابواب القصاص فی النفس حديث ۲

البختری عن جعفر عن ابیه عن علی علیه السلام انه کان یقول فی المجنون والمعتوه الذی لا یفیق والصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطاء تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم - وتقریب استظهار المطلب منه - ان قوله وقد رفع عنهما القلم لاوجه لذکره الاکونه علة للحکم وهو ثبوت الدیة علی العاقلة - او معلولا لقوله (ع) عمدهما خطاء وعلی ای تقدیر یدل علی ان قصد الصبی کلاقصد - فانه یدل ح علی عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذة وانه عام لکل ما التزم علی نفسه من المال باقرار او معاوضة - ویدل انه لا اثر له فی الزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ ومقتضی اطلاقه عدم الفرق بین اذن الولی و عدمه - وعدم ترتب الاثر علی التزامه حتی مع اذن الولی لا یکون الا لسلب قصده و عدم العبرة بانشائه ( اقول ) یرد علیه مضافا الی ما عرفت من ظهور حدیث رفع القلم فی رفع جمیع الاحکام فی نفسه ومع ذلک لایدل علی سلب قصده فراجع انه لیس علة للحکم - ولامعلولا لعمدهما خطاء (اما الاول) فلخلوه عن اللام والفاء الدالتین علی ذلک (مضافا) الی انه اما ان یؤخذ العلة رفع القلم مطلقا او رفع القلم فی باب الجنایات - فان کان الاول - فاجنبیة العلة عن الحکم المعلل واضحة اذ ای ربط بین رفع قلم التکلیف بالصوم والصلاة وثبوت الدیة علی العاقلة - وان کان الثانی - فغایة ما یمکن ان یقال فی توجیه الارتباط ان دم المسلم لابد وان یتدارک ولایکون ذلک من بیت المال فلابد وان یکون من مال الصبی اومن العاقلة - فحیث ان القلم مرفوع عن الصبی فیکون من العاقلة - وهذا مضافا الی مخدوشیته فی نفسه اذ ای دلیل علی لزوم التدارک ثم ای دلیل علی عدم کونه من بیت المال وای دلیل علی الدوران المزبور - ان لازم ذلک تعلیل ثبوت احد الضدین بنفی الضد الاخر وهو کما تری ( واما الثانی ) ای عدم کونه معلولا - فلمخالفته فی کیفیة التعبیر من حیث الاشتمال علی کلمة - قد - الدالة علی تحقق مدخولها وخلو جملة تحمله العاقلة عنها ( مضافا ) الی انه من المعلوم ان هذه الجملة ای جملة عمدهما خطاء لیست فی مقام بیان امر تکوینی بل متضمنة لبیان امر تشریعی وعلیه فیتحد مفادها مع مفاد رفع القلم فلا وجه لجعل

احدهما علة للاخر (والحق) فى المقام ان يقال ان عمد هما خطاء متكفل فى نفسه لبيان حكمين بنحو الاجمال و قد بينهما الامام ﷺ بجملتن اخريين . احدهما ثبوت الدية على العاقلة و الاخر عدم ثبوت شيء على الصبى - وبين الاول بقوله تحمله العاقلة والثانى بقوله وقد رفع فهاتان الجملتان تفسير ان للجملة الاولى من دون ان يكون هناك علية اومعلولية ( فتحصل ) من مجموع ماذكرناه ان المستفاد من الادلة بطلان عقد الصبى اذا كان مستقلا وصحته اذا كان باذن الولى او اجازته .

## ادلة القول بصحة عقد الصبى

واما المقام الثانى فقد استدل لجواز عقد الصبى بوجوه .

الاول الاية الشريفة (١) وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم - وتقريب الاستدلال بها من وجهين ( احدهما ) ما افاده ابوحنيفة ووافقه بعض المعاصرين وهو ان ظاهر الاية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى وقوله تعالى (حتى) سواء كانت للغاية ام للابتلاء . والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال بان يأذنوا لهم فى البيع والشراء قبل البلوغ وذلك يقتضى صحة تصرفاتهم (اقول) لااشكال فى دلالتها على عدم كون الصبى مسلوب العبارة . الا انها لاتدل على كونه مستقلا فى التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولى او اجازته . وحيث ان ظاهر ذيل الاية الشريفة كمامر عدم صحة تصرفاته استقلالا فلابد من البناء على ذلك (ثانيهما) ما افاده المحقق الايروانى ره وهو ان المستفاد من الاية الشريفة ان المدار فى صحة معاملات الصبى على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الاية وانه مع استيناس الرشد لايتوقف فى دفع المال ولا ينتظر البلوغ وان اعتبار البلوغ طريقى اعتبر امارة الى الرشد بلا موضوعية له (وفيه) انه لولم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن

١ - النساء الاية ٧

وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ وكان ذكر حتى اذا بلغوا النكاح زايدا ـ وحمله على الطريقية الى الرشد خلاف الظاهر (الثاني) مرسل المبسوط وروى انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جايز التصرف (وفيه) انه لارساله وعدم العمل حتى من مرسله به لايعتمد عليه (الثالث) النصوص (١) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعتقه فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباء سياقه عن التخصيص (وفيه) اولا ان الدليل لم يكن مختصا بحديث رفع القلم ـ وثانيا ـ انه غير آب عن التخصيص هذا على فرض جواز تلك التصرفات والا فالامر اسهل (الرابع) السيرة التي ادعاها سيد الرياض على مانقل عنه المصنف ره ـ والانصاف انه لاينبغي التشكيك فيها الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد ولامورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين (الخامس) خبر (٢) السكوني عن الصادق عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الامة قد عرفت بصنعة يد ـ ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق ـ فان حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل سرقته اقوى شاهد على نفوذ معاملاته (واجاب) عنه المصنف ره بانه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي امابان لايكون هناك معاملة اصلا كالالتقاط المترتب عليه الملكية ـ او مع كون المعاملة من الولي كالاجارة التي اوقعها الولي ـ اومع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة كاستحقاق اجرة المثل في الاجارة التي اوقعها الصبي بغير اذن الولي اوعمل عملا بامر آمر ـ ومن الواضح ان جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لايكشف عن نفوذ معاملات الصبي بماهو صبي (وفيه) ان قبض الصبي المال في هذه الموارد كمااعترف

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٥ ـ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات ـ وباب ٥٦ من ابواب كتاب العتق ـ وباب ٤٤ ـ من ابواب كتاب الوصايا.

٢ ـ الوسائل ـ باب ٣٣ ـ من ابواب مايكتسب به من كتاب التجارة

بعقده قبيل ذلك لا اثر له لفرض كون اجرة المثل كلية و كذلك الأجرة المسماة بحسب الغالب وهو لا يتعين بقبض الصبي (وبالجملة) غاية ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة ولكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه بل هو باق على ملكه فيحرم للولي وغيره التصرف فيه وبه يظهر حال الالتقاط فانه اذا كان فعل الصبي كالعدم لا اثر لالتقاطه ايضا.

فالحق في المقام ان يقال ان المنهي عنه اما ان يكون هو الكسب اى المعنى المصدري او يكون هو المكسوب فان كان الاول فلا محالة يكون الموجه اليه الخطاب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدى المعاملات الا في الصناعة و عليه فان كان النهي تحريميا لا يدل على نفوذ معاملاته بوجه و ان كان تنزيهيا و ان كان يشعر بذلك الا انه لا دليل على حمل النهي عليه وان كان الثاني كما لعله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الاول - فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي انما يكون من وجوه ( احدها ) من جهة التعليل اذ لو لم تكن المعاملة نافذة كان المتعين التعليل بذلك فانه ح كان التصرف فيه حراما لكونه ملك الغير وان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرق ( ثانيها ) من جهة التقييد اذ لو كانت معاملة الصبي غير نافذة من اصلها لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعة بيده ومن لا يحسن (ثالثها) من جهة الحكم اذ المشهور بين الاصحاب حمل هذا النهي على الكراهة فهذه آية نفوذ المعاملة والا كان التصرف حراما .وفي الكل مناقشة ( اما الاول ) فلان هذا النهي انما هو بلحاظ هذا الاحتمال اى احتمال السرقة ولا نظر في ذلك الى نفوذ المعاملة وعدمه كي يدل على نفوذها مع عدم ذلك -مع- ان المنهي عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بتلك ام بغيرها فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه ( واما الثاني ) فلان الفرق بين من يحسن صناعة بيده وغيره واضح فانه في الاول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره - فيكون ذكر القيد لتحقق الموضوع - مع - ان القيد لا مفهوم له (واما الثالث ) فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة -مع- ان هذا النهي انما هو بلحاظ

احتمال السرقة خاصة ولانظر فيه الى جهات اخر (فتحصل) ان المستفاد من مجموع الادلة بطلان عقد الصبى اذا كان مستقلا فى المعاملة ونفوذه اذا كان باذن الولى.

## فى المستثنيات

**(قوله قده ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذ تهما بالاتلاف الخ)** اقول قد استثنى من رفع القلم عن الصبى مواضع .

منها اتلافه فان المشهور بين الاصحاب كونه موجبا لضمانه ـ وقد استدلوا على ذلك بوجوه (احدها) مايستفاد من كلمات المصنف وهو ان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بمايصدر من الصبى من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كانشاء العقود فيخرج مثل الاتلاف (وفيه) ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف اووضع عن الصبى كان سببه فعله القصدى اوغير القصدى (ثانيها) ماذكره المحقق الاصفهانى وهو ان مقتضى مناسبة الحكم والموضوع ان كل اثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل و كماله واستشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبى فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشىء خارج عن عموم الاثار المرفوعة (وفيه) ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة والافرب غير بالغ اعقل من البالغ (ثالثها) ماافاده المحقق الايروانى ره وهو انه فى بعض (١) النصوص جمع بين عمد الصبى خطاء ورفع القلم عنه وهو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد وان المرفوع احكام اخذ فى موضوعها العمد و معه لايبقى لرفع القلم عموم و ذلك الحديث يوجب سقوط ساير النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبى ـ فمثل الاتلاف غير مشمول لها (وفيه اولا) ان عموم رفع القلم فى ذلك الحديث لامحذور فيه ومجرد تطبيقه على موردخاص لايصلح قرينة لعدم ارادة العموم منه (وثانيا) انه لاوجه لصيرورته مسقطا لعموم ساير الروايات (رابعها) ان حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان يختص بما

١ـ الوسائل ـ باب ٣٦ ـ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

فى رفعه منة ولا منة على الامة فى رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير افاده المحقق الاصفهانى ره (وفيه) انه لاقرينة لكونه واردا مورد الامتنان بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه اذليس فى رفع حليته منة على الصبى فالعمدة فى استثنائه الاجماع ان ثبت وكان تعبديا .

و منها التعزير وقد افاد المصنف ره فى وجه خروجه ـ ان المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير (وفيه اولا) انه لاشاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عمومه شموله لكل من الامرين (وثانيا) ان هناك شاهدا على خلاف ذلك فان مجرد الفرق بين الصبى و البالغ فى المؤاخذة واختلاف حكمهما لايصحح اسناد رفع القلم اليه كمالايخفى (فالصحيح) فى وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم .

ومنها انه اذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس ولو تحقق فى حقه سبب الجنابة يجنب كماهو المشهور بين الاصحاب ـ والوجه فى ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما فى نفسه ـ وذلك لانه يعتبر ان يكون الحكم المرفوع به مترتبا على فعل الصغير بما هو فلايعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقاة و الجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبى فيه و اما عدم شمول مادل على انه لايجوز امر الصبى لهما فواضح .

ومنها القبض ـ وملخص القول فيه ان القبض ربما يكون معينا للكلى و آخر يكون قبضا لمال معين ـ وعلى التقديرين ربما يكون جزء السبب المملك كمافى بيع الصرف والهبة ـ وربما لايكون كك ـ وعلى التقادير ربما يكون باذن الولى و قد يكون بغير اذنه ـ فقد يقال يترتب الاثر على قبضه مطلقا ـ واستدل له السيد (بالسيرة) عليه فى الصدقات (وباطلاق) (١) نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير

---

١ ـ الوسائل ـ باب ١٧ ـ من ابواب الكفارات ـ من كتاب الايلاء والكفارات .

(وبما ١) فى الزكاة الدال على جواز اعطائها بالصغير (ولكن) المتيقن من السيرة اعطائها باذن الولى ونصوص الكفارة والزكاة واردة فى مقام بيان حكم آخر لايصح الاستدلال بها فى المقام ففى محكى الجواهر ثم لايخفى ان المراد من اعطاء الاطفال فى النص والفتوى الايصال اليهم على الوجه الشرعى بان يسلم بيد وليهم (والحق) فى المقام ان يقال ان المقبوض ان كان شخصيا - فان لم يكن مال الصبى و لم ياذن المالك فى القبض لا كلام فى عدم كونه مبرءاً للذمة وان اذن مالكه فى القبض كان ذلك مبرءاً للذمة لان ذلك قبض منه واستيلاء على المال اذ القبض الذى يترتب عليه الاثر ليس هو الاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق فى الفرض - وان شئت قلت ان المبرء للذمة اداء مال الغير فتبرء الذمة وان امر بالقاء ماله فى البحر فالقاه - وان كان المال مال الصبى فان اذن له الولى فى اقباضه او اذن الصبى فى قبضه برأت ذمته لانه قبض للولى (وما) افاده العلامة ره من ان ذلك تضييع لمال الصبى فلايجوز وان أذن الولى (غير تام) لعدم كونه تضييعا بل اقباض للولى - وان كان بدون اذنه لايجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا (وان كان) كليا فان كان بدون اذن الولى ان كان ماله او مال الصبى - او بدون اذن مالكه ان كان لغيرهما لم تبرء ذمته وبقى المقبوض على ملكه - وان كان مع اذنه كان ذلك قبضا معينا للكلى ولا اقل من كونه توكيلا منه فى قبض حقه وتعيينه فيما بيده ثم دفعه الى الصبى - فافهم و اغتنم .

## فى معاملة الصبى فى الاشياء اليسيرة

**(قوله قده ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لافرق فى معاملة الصبى بين ان يكون فى الاشياء اليسيرة الخ)** اقول قد استدل على نفوذ معاملة الصبى فى الاشياء اليسيرة بوجوه ( الاول ) ان الاية والنصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة فى الاشياء الخطيرة بقرينة

---

١ - الوسائل - باب ٦ - - من ابواب المستحقين للزكاة ووقت التسليم والنية

مناسبة الحكم والموضوع بتقريب انها بمناسبة الحكم و الموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبي فيماله شأن يتفاوت فيه كامل العقل وغيره وهوانما يكون في الاشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لايتفاوت في الصغير والكبير ( وفيه ) ماتقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لاالعلة والاقرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ (الثاني) لزوم الحرج من تصدي البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات (وفيه) ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع (نعم) لاننكر لزومه من منعهم عن المعاملة مطلقا ولكن قد مران الاظهر جواز معاملاتهم في صورة اذن الاولياء حتى في المجللات (الثالث) ان سيرة اهل العرف من كل ملة و نحلة جرت على ايكال المعاملات في المحقرات الى الصبيان (واجاب) عنه المحقق النائيني ره بان السيرة مختلفة باختلاف الاشياء فانهم يوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول والى من بلغ ثمانية بيع اللحوم وهكذا وثبوت السيرة من عصر الائمة من المتدينين بهذا التفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للادلة (اقول) يرد عليه قده ان المستدل استدل بالسيرة العقلائية و ماذكره ره انما يصلح جوابا عن سيرة المتشرعة و بينهما فرق واضح كمالايخفى (فالحق) ان يقال ـ ان الاستدلال ان كان بالسيرة العقلائية فالادلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضائها وان كان استدلالا بسيرة المتشرعة فيرد عليه ان ثبوتها في صورة عدم اذن الاولياء ممنوع (ثم ان) كاشف الغطاء ره بعد المنع عن صحة عقد الصبي و كالة ايضا التزم بصحة المعاملة في الموارد التي يكون الصبي بمنزلة الآلة و الواسطة في الايصال من جهة ان المعاملة واقعة حقيقة بين الولي والطرف الآخر ـ وقدمر تنقيح القول في ذلك في التنبيه الثاني من تنبيهات المعاطاة وعرفت انه غير تام فراجع ماذكرناه ولانعيد .

# في اعتبار القصد

## (قوله قده مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الخ)

اقول تنقيح القول في هذه المسألة انما يكون بالبحث في مباحث ( الاول ) ان للعاقد بحسب قصد اللفظ وقصد معناه احوالا اربعة (الاول) ان يكون اللفظ صادرا عنه عن غير قصد كاللفظ الصادر من النائم او الغالط (الثاني) ان يكون اللفظ مقصود اله دون معناه كما اذا قال بعت على وزن خفت ( الثالث ) ان يكون المعنى مقصودا له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية كما اذا انشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفساني ونظيره في الاخبار ما اذا اخبر عن شيء و حكى عنه بداعي الهزل لا الجد (الرابع) ان يكون المعنى مقصودا بالارادة الجدية ولكنه لم يكن عن طيب النفس (ثم ان) اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الاول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها معها فان عناوين المعاملات امور قصدية ومع عدم هذه القصود لا تتحقق تلك ـ واما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا وسيأتي الكلام فيه في محله .

ثم انه ظهر مما ذكرناه امور (الاول) ان ما افاده المصنف ره في المقام من قياس الامر الصوري بالكذب في الاخبار وتشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الانشاء كلام متين ـ ولا يرد عليه ما اورده المحقق النائيني ره من ان شبيه الكذب في الاخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار اي اعتبار الشارع واما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الامر الصوري شبيها به فلا يكون ذلك مثل الكذب في الاخبار فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال ( الثاني ) ان جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث الذي هو مورد كلام المصنف ره من شرائط المتعاقدين اولى من جعله من شرائط العقد فانه ليس من شئون الصيغة بل مما يعتبر في البايع بالحمل الشايع ـ و ماذكره المحقق النائيني ره في وجه اولوية جعله من شرائط العقد ـ من انه لا يتحقق

العقد بدونه ـ یرد علیه انه مع فقد سایر شرائط المتعاقدین او العوضین لایتحقق العقدایضا فالمراد من شرائط المتعاقدین فی مقابل شرائط العقد هی الامور التی تکون معتبرة فی ترتب الاثر علی العقد مع کون مرکزها المتعاقدین و الافمقتضی هـذا البرهان عدم کون شیء مـن الشروط شرطاً للمتعاقدین حتی مثل البلوغ اذ العقد لایتحقق مع عدمه ( الثالث ) ان ما افاده الشهید ره من ان الفضولی و المکره غیر قاصدین لمدلول العقد خلط قصدبقصد اذالمکره لاطیب نفس له بمضمون العقدلاانه غیر قاصدلمدلوله وتمام الکلام فی محله .

## لا بدمن تمییز البایع من المشتری

المبحث الثانی ـ صرح صاحب المقابیس بانه یجب ان یمیز البایع من المشتری اذا امکن الوصفان فی کل منهما ( اقول ) لاینبغی التشکیک فی لزوم تمییز البایع من المشتری بمعنی تعددهما لتقوم حقیقة البیع بذلک ـ واما اذاکانا متعددا .ولکن لم یمیز احدهما من الاخر کما اذاقال بعت منا من حنطة احـد هذین بتومان فی ذمة صاحبه ـ فستعرف حکمه فی المبحث الاتی .

## لا یجب تعیین من یشتری له و من یبیع له

المبحث الثالث وقع الکلام فی انه هل یجب تعیین من یشتری له و من یبیع له مطلقا ـ فلو باع او اشتری للکلی ـ کما اذا اشتری لموکله ای هذا العنوان مع تعدده او للفرد المبهم کما اذا اشتری لاحد موکلیه مبهما ابهاما واقعیا بطل العقد ذهب الیه صاحب المقابیس ـ ام یجب التعیین اذا کان العوضان کلیین ـ او کان احدهما کلک اختاره المصنف ره ـ ام لایجب التعیین مطلقا .

وقد استدل للاول بوجوه (الاول ) انه لوصح ذلک لزم بقاء المملوک بلامالک معین فـی نفس الامر (وفیه) انـه لا محذور فـی بقـاء المملوک بلا مالک معین و نظیره فی الشرع مالکیة الفقراء للزکاة و العناوین الکلیة للاوقاف لها ـ و

مالكية احد رجلين للمال المنذور لاحدهما (مع) انه يمكن الالتزام بصحته وصيرورة من يعين بعد ذلك او يستخرج بالقرعة مالكا اما من حين العقد او بعد التعيين على الخلاف فى كونه كاشفا او ناقلا (الثانى) انه ان صح لزم ان لايحصل الجزم بشىء من العقود التى لم يتعين فيها العوضان ولا بشىء من الاحكام والاثار المترتبة على ذلك (و فيه) ان الجزم بالعقد و بما يترتب عليه من الاثار و الاحكام متحقق و انما المفقود الجزم بوقوعه لشخص معين و هذا مما لادليل على اعتباره (مع) انه يمكن ان يقال بان الجزم بذلك ايضا متحقق و هو وقوعه لمن يعين بعد ذلك فتامل . (الثالث) ان الادلة لاتشمل العقد المبهم لانصرافها الى ما هو الشايع المعروف من الشريعة و العادة (وفيه) ان الانصراف الناشى عن شيوع فرد و ندرة آخر لايصلح لتقييد الاطلاق (الرابع) انه لادليل على تأثير التعيين المتعقب (و فيه) انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعيين و لو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعى و الا فيرجع الى ادلة القرعة التى هى المرجع فى هذه الموارد فاذاً لادليل على اعتبار التعيين.

واما القول الثانى فقد استدل له المصنف ره بان الكلى ما لم يضف الى ذمة شخص معين لايكون مالا فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمة (وفيه) ان المفهوم الكلى ما لم يضف الى الذمة لا يعتبر له المالية ولكن كما له المالية اذا اضيف الى ذمة شخص معين كك له المالية اذا اضيف الى ذمة الكلى او احد الشخصين مع صيرورة من فى ذمته معينا بعد ذلك اما بالقرعة او بالتعيين (فالحق) انه لادليل على اعتبار التعيين مطلقا .

ثم ان هناك نزاعا آخر و هو انه فى المبيع الشخصى او الكلى المضاف الى ذمة شخص معين لو قصد البيع اى اوقعه لغير المالك ولغير من فى ذمته فهل يبطل البيع كما يظهر من المقابيس ام يصح ويلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب اليه المصنف ره ـ ام يصح ويقع عنه وجوه .(وحق) القول فى المقام انه ان بنينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لامجانا كما هو الحق ففى الصور المفروضة المذكورة فى

المتن - من بيع مال نفسه عن غيره - وبيع مال غيره عن نفسه. وبيع مال غيره عن غيره ان كان ذلك مع اذن المالك ومن يشترى له او اجازته صح على ما اوقعه والا بطل لذلك - واما بناء أعلى مابنى عليه المصنف ره - وفاقا الجمع من ان البيع حقيقته متقومة بالمعاوضة ويلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض فان لم يقصد المعاوضة بطل العقد وان قصدها - فان كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك رجوع نفعه اليه بمعنى ان يهبه بعد المعاملة فلا كلام - وان كان مراده منه دخول العوض في كيسه فيمكن تصحيحه والالتزام بلغوية القصد المزبور بالتقريب الذى سيأتى فى مبحث الفضولى وبماذكرناه يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

# فى تعيين الموجب لخصوص المشترى والقابل

## لخصوص البايع

المبحث الرابع فى تعيين الموجب لخصوص المشترى والقابل لخصوص البايع والكلام فى هذا المبحث يقع فى جهتين (الاولى) فى بيان ما هو محل كلام المصنف ره (الثانية) فى بيان ماهو الحق فى المقام .

اما الاولى فالذى يظهر من الاستدلال بظاهر الكلام - ان مورد كلامه انه هل يكون ظاهر كلام البايع او المشترى الموجه الى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفا للمعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره - ام ليس له ذلك فيلائم مع كونه اصيلا او وكيلا او وليا (وبه) يظهر تمامية ايراد المصنف ره على من فرق بين البيع ونحوه وبين النكاح بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى ساير العقود (بان) هذا يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لالعدم الوجوب فى البيع - كما ان ماذكره فى وجه الفرق تام كماستعرف .

واما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان الكلام وقع فى موارد (الاول) فى انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البايع مثلا بان مخاطبه هو المشترى بالاصالة - اوانه

وکیل عنه اوولی علیه. وبعبارة اخری هل یجب ان یکون عالما بمن ینتقل الیه ماله و ینتقل ماله الیه ام لا ام یفصل بین العقود ـ والحق فی هذا المقام هو التفصیل بین البیع ونحوه والنکـاح وشبهه ـ فانه فی النکاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفین کمـا انـه فی الوقف یختلف الاغراض باختلاف الموقوف علیهم فیلزم التعیین واما فی البیع فلا یختلف الغرض باختلاف المالك بل الرکن فیه العوضان و علیه فلا یجب فیه التعیین ( نعم ) لایبعد القول بوجوب التعیین فی صورة کون العوض هو الکلی فی الذمة فانه یختلف الاغراض باختلاف من فی ذمته ذلك (مع) انه من جهة اعتبار معلومیة العوض لابد من تعیین من فی ذمته الکلی لاختلاف ما فی الذمم باختلافها فتدبر (المورد الثانی) فی انه هل یکون للکلام ظهور فی کون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فلیس له ان یقبل عن غیره اولا ظهور له فی ذلك ذاتا اولقرینة نوعیة صارفة عن ظهوره الذاتی ام هناك فرق بین المعاملات والاظهر هو الاخیر والصحیح فی وجهه ما افاده المصنف ره ـ (وحاصله) ان فی البیع ونحوه قرینة نوعیة صارفة عن ظهور الکلام فی کون المخاطب به هو طرف المعاملة بالاصالة و تلك القرینة هی ان الغرض فیه متعلق بالمبادلة و وصول کل منهما الی عـوض ماله ـ اذ هذا الغرض یکشف عن طور القصد العقدی ولایبقی معه ظهور فی ذلك و اما فی النکاح وشبهه فلاصارف عن الظهور الذاتی للکلام بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفی العقد یؤکد ذلك الظهور ( المورد الثالث ) فی انه مع العلم بکون الطرف وکیلا او نائبا هل یصح فی مقام اجراء الصیغة ان یجعله طرفا فی المعاملة ام لابد من ذکر الموکل او المولی علیه ام یفصل بین المعاملات ـ والاظهر هو الاخیر فانه فرق بین النکاح و نحوه و البیع وشبهه لامن جهة ان معنی انکحتك جعلتك زوجا ـ ومعنی بعتك جعلتك بایعا والبایع یصدق علی الولی والوکیل و لایصدق الزوج علیهما ـ فانه یمکن ان ینتقض علیه بما اذا انشأ البیع بلفظ ملکتك فان معناه جعلتك مالکا والمالك لایصدق علی الوکیل و الولی (بل) من جهة انه علی القول باعتبار الصراحة فی ما

ينشأ به المعاملة بما انه تعارف في البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الاعم.ولم يتعارف ذلك في النكاح فيجوز في الاول دون الثاني من جهة وجود الصراحة بمعنى ان اهل العرف يفهمون منه المراد في الاول دون الثاني.

(قوله قده ولاينافي ذلك عدم سماع قول المشتري الخ ) وفيه انه مع تعارف توجيه الكلام الى المخاطب بعنوانه الاعم بحيث يفهم العرف المراد منه مع عدم نصب قرينة .. لامحالة لايكون للكلام ظهور في ارادة الخصوصية _ و عليه _ فلاوجه لعدم سماع قوله في دعوى كونه غير اصيل .. ولعله الى هذا اشار بقوله فتأمل

تم الجزء الثاني عشر من كتاب فقه الصادق . ويتلوه الجزء الثالث عشر من مبحث بيع المكره الى آخر مباحث البيع.والحمدلله اولا وآخرا .

# فهرس الجزء الثاني عشر من كتاب فقه الصادق


| العنوان | الصفحة |
| --- | --- |
| اخذ الاجرة على الواجبات | ٢ |
| بيان موضوع هذه المسألة | ٣ |
| عدم منافاة التعبدية لاخذ الاجرة | ٥ |
| عدم منافاة الوجوب بما هو لاخذ الاجرة | ١٢ |
| اخذ الاجرة على الواجب الكفائى | ١٧ |
| اخذ الاجرة على الواجب التخييرى | ١٩ |
| اخذ الاجرة على الواجبات النظامية | ٢١ |
| اخذ الوصى الاجرة على عمله | ٢٤ |
| اخذ الاجرة على المستحب | ٢٥ |
| حقيقة النيابة فى العبادات | ٢٦ |
| الاشكال فى العمل النيابى ودفعه | ٢٧ |
| الطواف المستاجر عليه لايحتسب عن نفسه | ٣٠ |
| الاجير لحمل غيره فى الطواف | ٣١ |
| اخذ الاجرة على الاذان | ٣٣ |
| اخذ الاجرة على الامامة والشهادة | ٣٤ |
| حرمة بيع المصحف | ٣٦ |
| المراد من حرمة بيع المصحف | ٣٩ |
| بيع المصحف من الكافر | ٤١ |
| حكم بيع ابعاض المصحف | ٤٢ |
| حلية جوائز السلطان الجائر | ٤٣ |
| عدم كراهة اخذ الجائزة لو جاز | ٤٧ |
| رافع الكراهة عن جوائز السلطان | ٤٩ |
| دليل استحباب الخمس فى المقام ونقده | ٥١ |
| حكم الجائزة مع العلم الاجمالى بوجود الحرام فى امواله | ٥٣ |
| حكم ما لو علم كون الجائزة محرمة تفصيلا | ٦١ |
| وجوب رد الجائزة الى اهلها | ٦٦ |
| حكم مجهول المالك | ٦٧ |

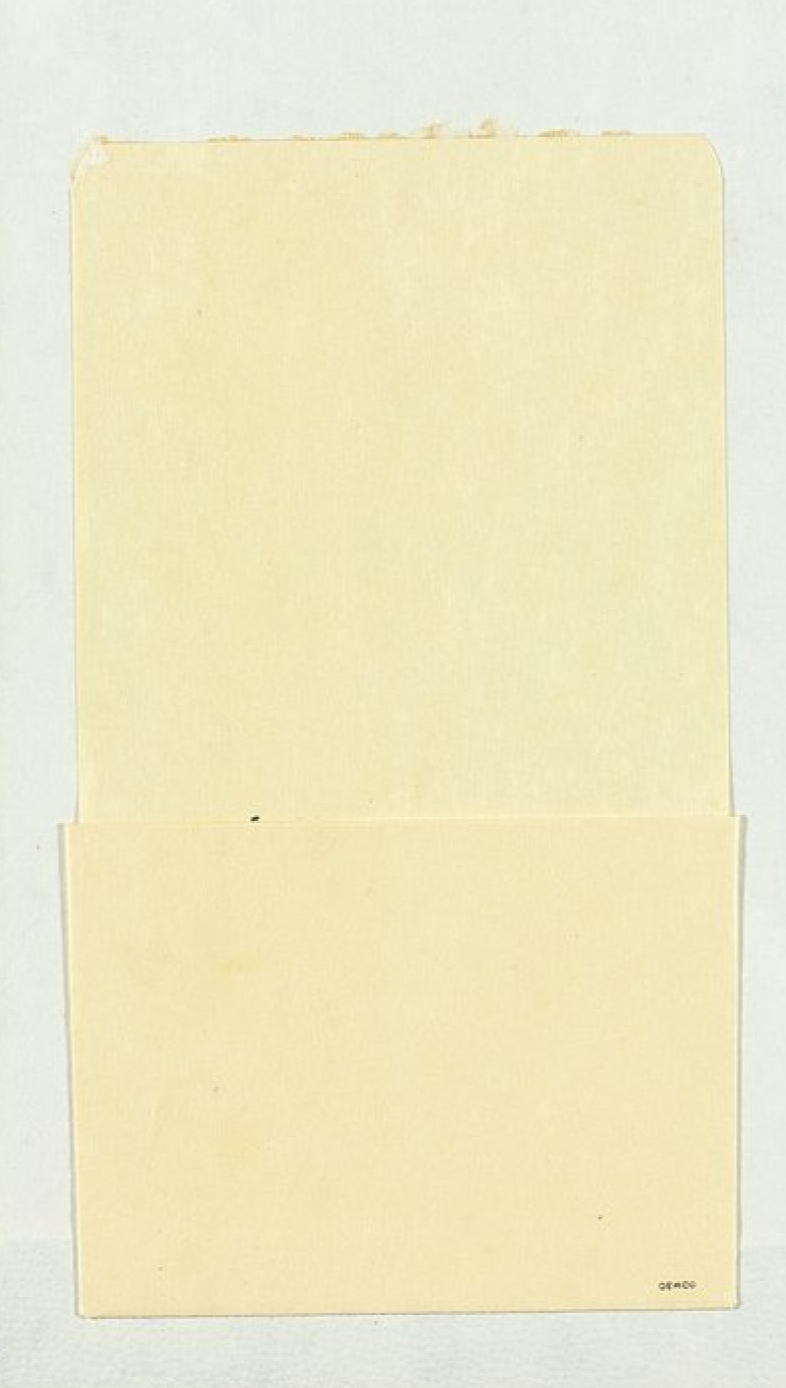
| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| اجرة الفحص عن المالك | ٧١ |
| مقدار الفحص عن المالك | ٧٢ |
| مصرف مجهول المالك | ٧٣ |
| فيمن له ولاية الصرف | ٧٩ |
| حكم مال تعذر ايصاله الى مالكه | ٨١ |
| جواز اعطاء هذه الصدقة للهاشمي | ٨٢ |
| التصدق بمجهول المالك لايوجب الضمان | ٨٣ |
| حكم مالو مات المالك او المتصدق | ٨٨ |
| لوعلم اجمالا اشتمال الجائزة على الحرام | ٨٩ |
| الحقوق الثابتة في الاموال ثلاثة | ٩٢ |
| عدم جواز اخذ الحقوق للجائر | ٩٤ |
| جواز اخذ الصدقة والخراج من الجائر | ٩٥ |
| جواز شراء ما ياخذه الجائر باسم الزكاة | ٩٦ |
| شراء الحقوق من الجائر قبل اخذها | ١٠١ |
| حكم الاراضي الخراجية في حال الغيبة | ١٠٢ |
| ما ياخذه الجائر باسم الخراج من غير الاراضي الخراجية | ١٠٤ |
| اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرئاسة العامة | ١٠٧ |
| ليس للخراج قدر معين | ١٠٩ |
| اخذ غير المستحق للخراج والزكاة | ١١٠ |
| شرائط الاراضي الخراجية | ١١١ |
| في تعريف البيع وبيان حقيقته | ١٢١ |
| بيان المراد من العين | ١٣٠ |
| اشكال بيع الكلي والجواب عنه | ١٣١ |
| في اعتبار كون المبيع عينا | ١٣٢ |
| بيان حقيقة المنفعة | ١٣٤ |
| جواز جعل عمل الحر عوضا | ١٣٥ |
| حقيقة الحق واقسامه | ١٣٦ |
| نقل الحق الى من عليه الحق | ١٣٨ |
| جواز جعل الحق عوضا | ١٣٩ |
| عدم اعتبار تعقب القبول في صدق البيع | ١٤١ |
| البيع حقيقة في الصحيح او الاعم | ١٤٣ |
| في التمسك بالاطلاق في المعاملات | ١٤٨ |
| في بيع المعاطاة | ١٤٩ |
| مدرك افادة المعاطاة الملكية | ١٥٥ |
| ما استدل به على عدم افادة المعاطاة الملكية | ١٦١ |

| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| كلام بعض الاساطين حول المعاطاة | ١٦٣ |
| الاستدلال للزوم المعاطاة بالاصل | ١٧٠ |
| الاستدلال للزوم المعاطاة بالادلة الاجتهادية | ١٧٧ |
| مااستدل به على عدم لزوم المعاطاة ونقده | ١٨٤ |
| نظرة في الخبر المذكور حول المعاطاة | ١٨٨ |
| في اعتبار شروط البيع في المعاطاة | ١٨٩ |
| في جريان الربا في المعاطاة | ١٩٣ |
| جريان الخيارات في المعاطاة | ١٩٥ |
| بيان مورد المعاطاة | ١٩٦ |
| تمييز البايع عن المشتري في البيع المعاطاتي | ١٩٨ |
| اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين | ٢٠١ |
| التصرفات التي قالوا بتوقفها على الملك | ٢٠٤ |
| في صحة اباحة جميع التصرفات | ٢٠٦ |
| حكم شراء المعودين وبيع الواهب عبده الموهوب | ٢٠٩ |
| حقيقة الاباحة بالعوض ودليل صحتها ولزومها | ٢١٢ |
| جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات | ٢١٥ |
| الاصل في بيع المعاطاة اللزوم | ٢٢٠ |
| من الملزمات تلف العينين او احداهما | ٢٢٣ |
| حكم ما كان احد العوضين دينا في الذمة | ٢٢٦ |
| نقل العين من الملزمات | ٢٢٨ |
| من الملزمات الامتزاج والتغير | ٢٣٣ |
| جواز الرجوع لايورث | ٢٣٥ |
| جريان الخيار في المعاطاة | ٢٣٦ |
| حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة | ٢٣٧ |
| في الفاظ عقد البيع | ٢٣٩ |
| الاشارة والكتابة تقومان مقام اللفظ | ٢٤٠ |
| في خصوصيات الفاظ العقد | ٢٤١ |
| في الفاظ الايجاب والقبول | ٢٤٣ |
| عدم اعتبار العربية فيهما | ٢٤٦ |
| عدم اعتبار الماضوية في الصيغة | ٢٤٨ |
| جواز تقديم القبول | ٢٤٩ |
| في عدم اعتبار الموالات بين الايجاب والقبول | ٢٥٣ |
| من الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز | ٢٥٧ |

| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| فى اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول | ٢٦١ |
| فى اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء | ٢٦٣ |
| فى اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغة | ٢٦٦ |
| فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد | ٢٦٨ |
| فى قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده | ٢٧٢ |
| مدرك القاعدة | ٢٧٦ |
| فى قاعدة مالايضمن | ٢٨١ |
| فى الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة فيها | ٢٨٣ |
| وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد | ٢٨٩ |
| فى ضمان المنافع المستوفاة وغيرها | ٢٩٢ |
| فى المثلى والقيمى | ٢٩٧ |
| بيان ماهو المرجع عند الشك فى المثلية والقيمية | ٣٠٠ |
| حكم مالولم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل | ٣٠٨ |
| حكم مالوسقط المثل عن المالية | ٣١٠ |
| حكم مالوتعذر المثل فى المثلى | ٣١٣ |
| فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم | ٣١٥ |
| عدم الفرق بين التعذر الطارى و البدوى | ٣١٧ |
| بيان المراد من اعواز المثل | ٣١٨ |
| فى ان العبرة ببلد المطالبة | ٣١٩ |
| فى ضمان القيمى بالقيمة | ٣٢٠ |
| بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء | ٣٢١ |
| فى تعيين القيمة بحسب الاصل العملى | ٣٢٣ |
| فى تعيين القيمة بحسب القواعد | ٣٢٤ |
| فى مايستفاد من صحيح ابى ولاد | ٣٢٥ |
| ارتفاع القيمة بسبب الامكنة | ٣٣٥ |
| بدل الحيلولة | ٣٣٦ |
| بيان مورد بدل الحيلولة | ٣٣٧ |
| فى الزام المالك باخذ البدل | ٣٣٩ |
| فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح | ٣٤٠ |
| فى ان العين تنتقل الى الضامن ام لا | ٣٤١ |
| حق الاولوية | ٣٤٣ |
| حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية | ٣٤٤ |
| فى وجوب رد العين بعد ارتفاع التعذر | ٣٤٥ |
| فى شروط المتعاقدين - عقد الصبى | ٣٤٨ |
| فى اعتبار قصد مدلول العقد | ٣٦٣ |
| فى اعتبار تعيين الموجب والقابل | ٣٦٤ |

# جدول الخطاء والصواب

| صفحة | | خطاء | صواب |
|---|---|---|---|
| ١٢ | ٧ | مستقبلا | مستقلا |
| ٣٢ | ١٨ | الأطاقة | الاطاقة |
| ٣٩ | العنوان | حرمة | من حرمة |
| ٤٢ | ٨ | تسليطله | تسليطه له |
| ٨٧ | ١٢ | يسكنشف | يستكشف |
| ١٠٩ | العنوان | للخرج اقدر | للخراج قدر |
| ١٥٢ | ٢ | الببية | السببية |
| ١٥٤ | ٢٠ | اليكلم | التكلم |
| ١٦٧ | ٢٣ | ١٦ | ٦ |
| ١٦٨ | ١٢ | فللمالكيته | فلمالكيته |
| ١٦٩ | ٧ | لتجارية | للجارية |
| ٢٠٣ | ١٦ | ونحوه | ونحوها |
| ٢٢١ | ٧ | العالم | العام |
| ٢٢٢ | ١٨ | فيحصل | فتحصل |
| ٢٦٨ | ١٦ | الاتجاب | الايجاب |
| ٢٨٦ | ٢١ | ومتمكن | متمكن |
| ٢٩٩ | ٢٢ | زمانيا | زماننا |
| ٣٠١ | ١٤ | لاتضر | لايضر |
| ٣٢٠ | ١٦ | ببقاءاً | ببقاء |
| ٣٣٠ | ٥ | مخالفيه | مخالفته |
| ٣٤٤ | ٢ | انعلى | على ان |


DEMCO


COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE
CU17882559